

Transaksjoner mellom selskap og aksjeeiere m.v.

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr.

44, § 3-8

Særskilt om selskapets adgang til å inngå løpende eller
sammensatte avtaler med en aksjeeier m.v.

Kandidatnummer: 688

Veileder: Tore Bråthen

Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 17.624 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensinger og presiseringer	3
1.3	Rettskilder	4
1.3.1	Aksjeloven med forarbeider og rettspraksis	4
1.3.2	EØS-rett	7
1.3.3	Utenlandsk rett	8
1.3.4	Forholdet mellom asl § 3-8 og prinsipper om ”corporate governance”	8
1.4	Hensyn bak regelen	10
1.4.1	Forhindre etterstiftelse	10
1.4.2	Forebygge brudd på likhetsprinsippet	10
1.4.3	Beskyttelse av kreditors interesser	11
1.4.4	Preventivt hensyn	12
1.4.5	Hensynet til effektiv saksbehandling	12
<u>2</u>	<u>ANVENDELSESOMRÅDET TIL ASL § 3-8 I FORHOLD TIL ANDRE BESTEMMELSER I AKSJELOVEN SOM OMHANDLER TRANSAKSJONER MELLOM SELSKAP OG AKSJEEIER VED LØPENDE OG SAMMENSATTE AVTALER</u>	<u>13</u>
2.1	Problemstillingen	13
2.2	Asl § 3-8 og reglene om selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse i asl §§ 8-7 til 8-11	14
2.3	Asl § 3-8 og reglene om konvertibelt lån i asl kapittel 11	16
2.4	Asl § 3-8 og reglene om selskapets erverv av egne aksjer i asl kapittel 9	19
2.5	Asl § 3-8 og reglene om utbytte i asl §§ 8-1 flg.	22

<u>3</u>	<u>KRAVET TIL AT "SELSKAPETS YTELSE HAR EN VIRKELIG VERDI SOM UTGJØR OVER EN TIDEL AV AKSJEKAPITALEN PÅ TIDSPUNKTET FOR ERVERVET ELLER AVHENDELSEN"</u>	<u>25</u>
3.1	Problemstillingen	25
3.2	Tidspunktet for vurderingen	26
3.3	Vurderingen av størrelsen på "selskapets ytelse" ved løpende avtaler	28
3.3.1	Alminnelige løpende avtaler	28
3.3.2	Låneavtaler	29
3.3.3	Avtaler som løper over lang tid og hvor det endelige vederlag ennå ikke er avklart	30
3.4	Vurderingen av størrelsen på "selskapets ytelse" ved sammensatte avtaler	32
3.4.1	Problemstillingen	32
3.4.2	Omgåelse av asl § 3-8	33
3.4.3	Spørsmålet om to avtaler må vurderes samlet i vurderingen av "selskapets ytelse" utenfor omgåelsestilfellene	36
<u>4</u>	<u>UNNTAKET FOR AVTALER NEVNT I ASL § 3-8 FØRSTE LEDD NR. 4</u>	<u>38</u>
4.1	Problemstillingen	38
4.2	"Selskapets vanlige virksomhet"	40
4.3	Avtalen må inneholde "pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler"	44
4.3.1	Kravet til "pris og andre vilkår" der det foreligger klare normer for hva som er vanlig for løpende og sammensatte avtaler	45
4.3.2	Kravet til "pris og andre vilkår" der det ikke foreligger normer for hva som er vanlig ved løpende og sammensatte avtaler	47
<u>5</u>	<u>RETTSVIRKNINGER VED BRUDD PÅ BESTEMMELSEN I ASL § 3-8 VED LØPENDE OG SAMMENSATTE AVTALER</u>	<u>50</u>
5.1	Problemstillingen	50
5.2	Rekkevidden til ugyldighet som rettsvirkning etter asl § 3-8	51

5.3	Forholdet mellom asl § 3-8 og regler om passivitet, godkjenning og foreldelse	55
5.3.1	Problemstillingen	55
5.3.2	Passivitet	55
5.3.3	Godkjenning	56
5.3.4	Foreldelse	58
<u>6</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>60</u>
6.1	Litteraturliste	60
6.2	Lover	63
6.3	Forarbeider	64
6.4	Høringsuttalelser	64
6.5	Domsregister	65

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er aksjeloven¹ § 3-8, og de selskapsrettslige problemstillingene som bestemmelsen reiser ved løpende og sammensatte avtaler mellom aksjeselskap og aksjeeier m.v.² Inngåelse av slike avtaler kan åpne for misbruk av selskapets myndighet ved at aksjeeieren begunstiges på bekostning av selskapets øvrige interesser. Asl § 3-8 er en av flere regler i aksjeloven som skal beskytte selskapets kapital, kreditorer og øvrige aksjeeiere mot slike disposisjoner.

I norsk rett hører kompetansen til å inngå avtaler på vegne av et aksjeselskap som hovedregel under selskapets styre eller daglige leder, noe som innebærer at disse kan forplikte selskapet innenfor rammene av alminnelige regler om avtaleinngåelse. Asl § 3-8 er en saksbehandlingsregel som utgjør et unntak fra dette utgangspunktet.

I henhold til bestemmelsen gjelder det et krav om godkjennelse fra generalforsamlingen for at avtaler mellom selskap og aksjeeier m.v., hvor selskapets ytelse overskrider 50 000 kroner og utgjør over en tidel av aksjekapitalen, skal være bindende for selskapet.³ Generalforsamlingsbeslutningen skal skje på grunnlag av dokumentasjon som er utarbeidet eller bekreftet av revisor. Videre plikter selskapet å melde avtalen til Foretaksregisteret uten opphold. Ettersom bestemmelsen skal bidra til beskyttelse av selskapskapitalen, kan

¹ Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45, "asl".

² Bestemmelsen omfatter avtaler mellom selskap og en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem, daglig leder, nærstående til en aksjeeier, nærstående til en aksjeeiers morselskap, eller noen som handler etter avtale eller opptrer i forståelse med noen av disse partene. I det følgende blir selskapets medkontrahent omtalt som aksjeeier m.v., eller aksjeeier.

³ Regelen gjelder for avtaler som inngås etter at loven trer i kraft, jf. asl § 21-2 nr 9. Regelen kommer dermed til anvendelse på avtaler som er inngått etter 1. januar 1999.

den heller ikke fravikes i vedtektene selv om samtlige aksjeeiere ønsker dette.⁴ Et praktisk viktig unntak fra bestemmelsen gjelder imidlertid for avtaler som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og som inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler. Kravene til saksbehandling i asl § 3-8 gjelder således bare for andre avtale typer enn ordinære forretningsavtaler.

Etter sin ordlyd gjelder asl § 3-8 i utgangspunktet for alle avtale typer. Avhandlingen omhandler de problemstillinger bestemmelsen reiser ved løpende eller sammensatte avtaler. Dette er avtale typer som ofte inngås mellom selskap og aksjeeier, og som reiser interessante spørsmål både når det gjelder bestemmelsens innhold og rekkevidde. For det første oppstår det spørsmål om bestemmelsen overhode får anvendelse når andre særskilte saksbehandlingsregler i aksjeloven også kommer til anvendelse på den samme avtalen (se punkt 2 nedenfor). For det andre reises særlige spørsmål knyttet til hvordan selskapets ytelse skal fastsettes (se punkt 3 nedenfor). For det tredje er det uklart hva som omfattes av unntaket vedrørende ordinære forretningsavtaler, jf. asl § 3-8 første ledd nr. 4 (se punkt 4 nedenfor). For det fjerde er flere forhold knyttet til rettsvirkningene ved brudd på bestemmelsen uavklart (se punkt 5 nedenfor). Det er avhandlingens overordnede målsetning å gi en fremstilling av asl § 3-8 i relasjon til disse problemstillingene med sikte på å klarlegge forholdet dem imellom de lege lata.

Løpende avtale vil i denne fremstillingen, i henhold til den tradisjonelle formuesrettslige definisjonen, forstås som en avtale type hvor avtaleforholdet gjelder på ubestemt tid, og hvor de enkelte leveringene ikke utgjør en gradvis reduksjon av restforpliktelsen.⁵ Det er altså en avtaleform uten bestemt omfang og tidsangivelse. I det følgende vil imidlertid også avtaler mellom selskapet og aksjeeier som løper over lang tid, og som har en bestemt tidsangivelse, karakteriseres som løpende avtale. Praktiske eksempler på løpende avtaler i forhold til asl § 3-8 kan være avtaler om lån av penger, leie av kontorlokaler, eller konsulent tjenester.

⁴ Bråthen (2003) side 877.

⁵ Hagstrøm (2004) side 123.

Sammensatte avtaler vil bli brukt som en fellesbetegnelse på avtaler med flere enkeltelementer, eller på ulike avtaler som er betinget av hverandre. Et eksempel på det førstnevnte vil være en avtale mellom et selskap og en aksjeeier som består av salg av et datterselskap, i tillegg til inngåelse av en franchiserettighet. Sistnevnte avtaletype vil kunne være en avtale som består av en investeringsplikt i aksjeeierens selskap, i tillegg til en opsjon som gir selskapet en rett til å kjøpe tilbake aksjeeierens aksjer.

Bakgrunnen for valg av avhandlingens tema skyldes at asl § 3-8 er en praktisk viktig bestemmelse. I mange konsern-, joint venture-, og gründerselskaper er det svært vanlig med avtaler mellom selskap og aksjeeiere, som utgjør over en tidel av selskapets aksjekapital. I 2006 ble det registrert 12 607 slike transaksjoner i Foretaksregisteret.⁶ Bestemmelsen kommer altså ofte til anvendelse. Videre har bestemmelsen stor betydning i perioder med turbulente økonomiske konjunkturer. Den kan da utgjøre en utvei fra bindende avtaler for et selskap i økonomiske vanskeligheter, eller fungere som en inntektsmulighet for et konkursbo.⁷ Det fremkommer også av praksis at ikke alle aksjeselskaper følger saksbehandlingskravene som bestemmelsen oppstiller. Bakgrunnen for dette kan være at bestemmelsen er ukjent for selskapet, eller at den er for kompleks på grunn av de strenge kravene til saksbehandling.

1.2 Avgrensinger og presiseringer

Avhandlingen vil avgrenses mot forhold som ikke er særskilt problematiske for løpende og sammensatte avtaler. Jeg vil derfor ikke foreta noen grundige drøftelser av partskretsen, hvilke avtaler som omfattes, og saksbehandlingskravene som bestemmelsen oppstiller. Videre vil det heller ikke bli redegjort for unntakene i bestemmelsens første ledd nr. 1, 2, 3 og 5.

⁶ Tallet er innhentet etter forespørsel til Foretaksregisteret.

⁷ Abrahamsen og Aase (2004) side 341.

Det foreligger en bestemmelse tilsvarende asl § 3-8 i allmennaksjeloven § 3-8.⁸

Bestemmelsene avviker fra hverandre ved at allmennaksjeloven gjelder for verdier som utgjør over en tjuendedel av aksjekapitalen. Det skyldes at allmennaksjeselskaper som regel har større aksjekapital enn aksjeselskaper, ettersom allmennaksjelovens krav til aksjekapital er kr 1 000 000, jf. asal § 3-1. Allmennaksjeloven gjør videre unntak for erklæringer om fastsettelse av lønn og annen godtgjørelse til ledende ansatte. Asl § 3-8 gjør kun unntak for lønn og annen godtgjørelse til daglig leder. Dette skyldes at allmennaksjeloven har en egen regel i asal § 6-16a om fastsettelse av lønn til ledende ansatte. Bestemmelsen har ingen parallell i aksjeloven. Det er lagt til grunn i juridisk teori at bestemmelsene for øvrig skal tolkes likt.⁹ Jeg gir derfor ingen ytterligere redegjørelse for allmennaksjelovens regel.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Aksjeloven med forarbeider og rettspraksis

Regelen i asl § 3-8 om transaksjoner mellom selskap og aksjeeier hadde sin opprinnelse i aksjeloven av 1976 § 2-9 a. Aksjeloven av 1976 § 2-9 a ble tilføyd ved lov av 22. desember 1995 nr. 80, for å implementere EUs annet selskapsdirektiv av 13. desember 1976 ”kapitaldirektivet” artikkel 11. Man hadde en lignende bestemmelse i aksjeloven av 1957 § 18 som gikk ut på at før utløpet av ett år etter selskapets registrering skulle ”ervert ved frivillig overdragelse av bestående eller påtenkt anlegg eller faste eiendommer eller patenter for en sum som oversteg en femtedel av aksjekapitalen, bare finne sted med generalforsamlingens samtykke”. Denne bestemmelsen ble imidlertid sløffet i aksjeloven av 1976. Man antok at de alminnelige ansvarsreglene ville være tilstrekkelige.¹⁰

⁸ Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 45, ”asal”.

⁹ Aarbakke mfl (2004) side 1048.

¹⁰ NOU 1992: 29 side 80.

Kapitaldirektivet ble vedtatt av Rådet 13. desember 1976, for å samordne nasjonale bestemmelser om selskaper av typen allmennaksjeselskap. Det er utstedt med hjemmel i Romatraktaten art. 44 (2) g om etableringsfrihet.¹¹ Formålet til kapitaldirektivets artikkel 11 er å forhindre omgåelse av regler som regulerer aksjeeieres innskudd i annet enn penger. Bestemmelsen er inspirert av tysk rett, som hadde regler om dette allerede i 1884.¹²

Anvendelsesområdet til kapitaldirektivets artikkel 11 har blitt utvidet i norsk rett ettersom transaksjoner med både aksje- og allmennaksjeselskaper reguleres jf. henholdsvis asl § 3-8 og asal § 3-8. Lovgiver begrunnet dette med at hensynene til kreditorene og minoritetsaksjeeierne tilsa at samme regel burde gjelde for begge selskapstypene.¹³ Regelen i kapitaldirektivet gjelder også bare de to første årene etter stiftelse, mens asl § 3-8 derimot får anvendelse i hele selskapets levetid. I tillegg gjelder kapitaldirektivet kun for selskapets erverv av aktiva, mens asl § 3-8 omhandler alle slags avtaler, herunder både erverv og salg fra selskapets side.

Asl § 3-8 ble endret ved lov av 15. desember 2006 nr 88, og i følge forarbeidene skyldtes dette to forhold.¹⁴ For det første mottok departementet innspill forut for høringsbrevet som gikk ut på at bestemmelsen rammet for mange tilfeller. For det andre la regjeringen Bondevik frem sin handlingsplan mot økonomisk kriminalitet av 9. juni 2004. I denne handlingsplanen gikk Regjeringen inn for å vurdere endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven, med sikte på å bedre kontrollen og gi mer åpenhet om kontrakter som er egnet til å skjule misbruk av ledende posisjoner i selskapet.¹⁵ Lovendringen av 2006 medførte at asl § 3-8 ble både utvidet og innskrenket. For det første ble bestemmelsen utvidet til en bredere partskrets i form av aksjeeiere, aksjeeiers morselskap, styremedlem,

¹¹ Se nærmere om dette i Birkeland (2005) side 517 – 558.

¹² Werlauff (2001) side 77. Bestemmelsene er nå kritisert i Tyskland, da det anses som unødvendig å beskytte et to år gammelt selskap om uthuling av kapitalen.

¹³ NOU 1996:3 side 149.

¹⁴ Ot.prp. nr 55 (2005 – 2006) side 41.

¹⁵ Ot.prp. nr 55 (2005 – 2006) side 42.

daglig leder, nærstående til en aksjeeier, nærstående til et morselskap og de som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med en aksjeeier, morselskap, styremedlem eller daglig leder. Forarbeidene begrunner dette med at bestemmelsen bør ramme avtaler med alle aktører som er i en posisjon hvor de kan sette sine interesser foran selskapets interesser. For det andre omfattes alle avtaletyper av bestemmelsen. Det er heller intet krav om at selskapet må yte vederlaget i penger. For det tredje er anvendelsen av asl § 3-8 i konsernforhold direkte regulert i bestemmelsen, og det er blitt foretatt noen endringer ved konserninterne transaksjoner. For det fjerde er bestemmelsen innskrenket til å ikke gjelde når selskapets ytelse er mindre enn kr 50 000.

Rettspraksis på området er sparsom, og det foreligger ingen Høyesterettsavgjørelser om gyldigheten av en avtale mellom selskap og aksjonær etter asl § 3-8. Det foreligger imidlertid noen avgjørelser fra underinstansene som tar standpunkt til spørsmål om ugyldighet etter asl § 3-8. Disse avgjørelsene har begrenset rettskildemessig vekt, men er egnet til å illustrere hvilke problemstillinger som er aktuelle for tolkningen av asl § 3-8. Det har foreløpig ikke kommet noen nye avgjørelser etter lovendringen av 15. desember 2006. Rettspraksis knyttet til bestemmelsen før lovendringen vil kun ha betydning der bestemmelsen ikke er endret av lovgiver. Hensynene til konsekvens, ensartethet og sammenheng i regelverket, tilsier også at rettspraksis knyttet til andre regler i aksjeloven kan få betydning ved tolkningen av asl § 3-8. Dette gjelder særlig tilfeller hvor vurderingskriteriene er de samme, som for eksempel når domstolene har tatt standpunkt til spørsmålet om omgåelse av en bestemmelse i aksjeloven.¹⁶ Bakgrunnen for at det er lite rettspraksis om asl § 3-8 er nok at uenighet samt eventuelle brudd på bestemmelsen løses utenfor domstolene, da dette er kostnadsbesparende for partene. Partene kommer til enighet ved forlik eller ved andre avtaler uten å trekke tvisten inn for domstolene.

¹⁶ Se pkt 3.4.2.

1.3.2 EØS-rett

Som nevnt ovenfor, bygger asl § 3-8 på kapitaldirektivets artikkel 11. Direktiver utgjør EUs sekundære fellesskapsrett. Dette innebærer at de er bindende med hensyn til sin målsetning, men at valg av form og midler for gjennomføringen overlates til nasjonale myndigheter, jf. EØS avtalen artikkel 7. Kapitaldirektivet fastsetter minimumsbestemmelser i forhold til nasjonal lovgivning. Nasjonal lovgivning kan således ikke gi svakere vern enn direktivet, men det gis mulighet til å utforme strengere regler. Norsk rett er tilknyttet den EU rettslige selskapslovgivningen gjennom EØS avtalen, som igjen er gjort til norsk rett ved EØS-loven.¹⁷ Etter EØS-loven § 1 er hoveddelen av EØS avtalen gjort til norsk rett. Det avledede regelverket forutsettes gjennomført særskilt jf. EØS avtalen art 3. EØS avtalen står i en særstilling i norsk rett, ettersom lovbestemmelser som er gitt på bakgrunn av denne, har forrang ved motstrid med andre nasjonale bestemmelser jf. EØS-loven § 2.

Ettersom asl § 3-8 bygger på kapitaldirektivets artikkel 11 vil også rettskildefaktorer og rettskildeprinsipper som gjelder generelt i EØS-retten, få betydning ved fortolkningen av bestemmelsen. Det gjelder spesielt tilfeller hvor bestemmelsen ikke er forandret i forhold til kapitaldirektivet.¹⁸ Videre kan det også lønne seg å følge EU-rettens forståelse av bestemmelsen på grunn av den nye konkurransesituasjonen som har oppstått. For strenge fortolkninger i forhold til den EU rettslige reguleringen, kan medføre at norske næringsdrivende ”flagger ut”, og i stedet benytter utenlandske selskaper som ramme for sin virksomhet dersom de norske reglene ikke anses for å være konkurransedyktige.¹⁹

¹⁷ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

¹⁸ Se nærmere om dette i Sundby (2005) side 387 flg., som viser hvordan norsk rett til enhver tid er bundet av EUs selskapsrett.

¹⁹ Sundby (2005) side 472.

1.3.3 Utenlandsk rett

Kapitaldirektivets formål er å skape ensartethet mellom selskapslovgivningen i medlemslandene ved å oppstille minimumskrav til aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Andre lands rett kan derfor få betydning for tolkningen av bestemmelsen. Jeg vil i denne fremstillingen spesielt konsentrere meg om svensk og dansk teori og praksis ved tolkningen av asl § 3-8.

Asl § 3-8 har en noe annen karakter enn de svenske og danske bestemmelsene. I korte trekk kan det sies at Sverige og Danmark har foretatt mindre justeringer i den lokale tilpasningen enn det som har blitt gjort av Norge. Den svenske og danske bestemmelsen gjelder kun de to første årene etter at selskapet er stiftet. Videre omfatter den norske bestemmelsen en bredere krets enn de svenske og danske bestemmelsene. En ytterligere forskjell er at manglende generalforsamling ikke leder til ugyldighet i Sverige. Brudd på bestemmelsen medfører ansvar etter lovens regel om erstatningsansvar. I Danmark er det noe mer omtvistet hvorvidt manglende generalforsamlingsbehandling leder til ugyldighet.²⁰ Dessuten gjelder regelen bare for allmennaksjeselskaper i Sverige. Den norske bestemmelsen har altså et videre anvendelsesområde enn de svenske og danske bestemmelsene. Dette skyldes lovgivers ønske om et sterkere vern av selskapets kreditorer og aksjeeiere. Ettersom den norske bestemmelsen avviker så mye fra de svenske og danske bestemmelsene, kan derfor tenkes tilfeller hvor bestemmelsene ikke vil lede til samme resultat.

1.3.4 Forholdet mellom asl § 3-8 og prinsipper om "corporate governance"

Det er på aksjeselskapers og allmennaksjeselskapers områder utgitt en del anbefalinger om god selskapspraksis. En slikt eksempel er Norsk anbefaling om eierstyring og selskapsledelse (corporate governance) av 28. november 2006. Anbefalingens formål er at

²⁰ Aagard (1997) side 20 hevder at bestemmelsen bare er en ordensforskrift og at det kun medfører ugyldighet der det er inntatt forbehold om det i avtalen. Werlauff (2001), Krüger Andersen (2006) og Schans Christensen (2003) hevder derimot at bestemmelsen medfører ugyldighet.

”børsnoterte selskaper skal ha en eierstyring og selskapsledelse som klargjør rollefordelingen mellom aksjeeiere, styre og daglig ledelse utover det som følger av lovgivningen”. Anbefalingen gjelder i utgangspunktet for børsnoterte selskaper, men kan også være hensiktsmessig for ikke-børsnoterte selskaper.²¹ Innenfor corporate governance er transaksjoner mellom nærstående et sentralt tema. Det kan blant annet vises til pkt. 4, fjerde ledd i anbefalingen hvor det står at ”ved ikke uvesentlige transaksjoner mellom selskapet og aksjeeier, styremedlem, ledende ansatte, eller nærstående av disse, bør styret sørge for at det foreligger en verdivurdering fra en uavhengig tredjepart. Tilsvarende gjelder ved transaksjoner mellom selskaper i samme konsern der det er minoritetsaksjonærer”. Da anbefalingen ble gitt, rakk bestemmelsen lenger enn aksjeloven, ettersom den gjelder uavhengig av om det er selskapet eller aksjeeier som er erverver.²² Denne forskjellen bortfalt ved lovendringen av 15. desember 2006.

Selv om jeg ikke går nærmere inn på dette, kan anbefalinger om corporate governance få betydning for tolkningen av asl § 3-8. Disse prinsippene er i utgangspunktet ikke rettslige bindende.²³ De kan likevel tenkes å ha betydning ved at avtaler som inngås i strid med dem kan utsettes for kritikk fra selskapets kreditorer, aksjeeiere eller øvrige medkontrahenter. Videre kan prinsippene gi uttrykk for hva som er god praksis på regelens område.²⁴ Juridisk teori utelukker derfor ikke at slike prinsipper kan få betydning for tolkningen av asl § 3-8 når det foreligger få holdepunkter i rettskildene.²⁵ Særlig kan det tenkes at domstolene legger dem vekt, der det foreligger empirisk bevis på at selskapene følger normene. Anbefalingene vil da ha status som kutymer innenfor forretningslivet.

²¹ Norsk anbefaling om eierstyring og selskapsledelse side 7.

²² Norsk anbefaling om eierstyring og selskapsledelse side 19.

²³ Bråthen, (2006)a side 53.

²⁴ Andenæs (2006) side 9.

²⁵ Abrahamsen og Aase (2004) side 343.

1.4 Hensyn bak regelen

Etter aksjelovens forarbeider er begrunnelsen bak asl § 3-8 tredelt.²⁶ For det første skal den forhindre omgåelse av regler som regulerer aksjeeiernes aksjeinnskudd i annet enn penger, såkalt ”etterstiftelse”. For det andre skal den forebygge brudd på likhetsprinsippet. For det tredje skal den beskytte kreditors interesser. I tillegg til dette kan det utledes fra forarbeidene at bestemmelsen også har en viss preventiv virkning.²⁷

1.4.1 Forhindre etterstiftelse

På bakgrunn av kapitaldirektivets artikkel 11 var den opprinnelige begrunnelsen til asl § 3-8 å forhindre etterstiftelse. Etterstiftelse innebærer at en eller flere aksjeeiere får tilbake aksjeinnskuddet kort tid etter stiftelsen, ved å yte varer eller tjenester til selskapet.²⁸ Dette innebærer en omgåelse av reglene som regulerer aksjeeieres innskudd i annet enn penger. Slike ordninger mellom selskap og aksjeeier vil stride mot det grunnleggende selskapsrettslige prinsipp om bunden egenkapital. I norsk rett fremkommer reglene om aksjeeiernes innskudd i annet enn penger av asl §§ 2-4 og 2-6. Asl § 2-4 oppstiller krav til stiftelsesdokumentets angivelse av avtaler eller bestemmelser om at noen skal ha særskilte rettigheter ovenfor eller fordeler av selskapet i forbindelse med stiftelsen. Asl § 2-6 har regler om opplysningsplikt i forbindelse med tingsinnskudd og andre former for avtaler som skal inntas i stiftelsesdokumentet etter § 2-4. Den opprinnelige begrunnelsen til asl § 3-8 var derfor å forhindre omgåelse av asl §§ 2-4 og 2-6.

1.4.2 Forebygge brudd på likhetsprinsippet

Etter lovgivers syn reiser transaksjoner mellom selskapet og aksjeeiere spørsmål uten hensyn til tidspunktet for transaksjonens inngåelse.²⁹ Det skyldes at avtalemotpartens

²⁶ NOU 1996:3 side 149.

²⁷ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) side 45.

²⁸ Abrahamsen og Aase (2004) side 343.

²⁹ NOU 1996: 3 side 50.

nærhet til selskapet kan medføre at avtalen får et innhold som stemmer mer med avtalemotpartens interesser enn selskapets. Av denne grunn har asl § 3-8 ikke samme tidsbegrensing som direktivbestemmelsen. Bestemmelsen har derfor til formål å forebygge brudd på det selskapsrettslige likhetsprinsipp, og å beskytte kreditors interesser.

Det selskapsrettslige likhetsprinsipp som har kommet til uttrykk i asl § 4-1 første ledd første punktum, går ut på at ”alle aksjer gir lik rett i selskapet”. At likhetsprinsippet er knyttet til aksjer og ikke aksjeeiere, må ses på bakgrunn av at aksjeeierrettighetene i utgangspunktet er knyttet til aksjeinnehav og at aksjene er like store, jf. asl § 3-1 annet ledd.³⁰ Lik rett for aksjen innebærer at den enkelte aksje gir samme rett uavhengig av hvem som eier den. En majoritetsaksjonær kan derfor ikke fremtvinge disposisjoner med selskapet som går utover de øvrige aksjeeiernes rettigheter. Kravene til generalforsamlingsbehandling i asl § 3-8 vil forhindre disposisjoner i strid med likehetsprinsippet, ettersom generalforsamlingen fungerer som et saksbehandlings- og kontrollorgan for minoritetsaksjonærens interesser.

Det er uttalt i juridisk litteratur at selskapet kan fravike likhetsprinsippet når det er i selskapets interesse.³¹ Hvorvidt en transaksjon er i selskapets interesse, vil bero på en konkret vurdering. Viktige momenter i denne vurderingen er i hvilken grad selskapets beslutning bygger på relevante selskapsrettslige hensyn og hvorvidt den beror på en rimelig avveining mellom selskapets og øvrige aksjeeieres interesser.

1.4.3 Beskyttelse av kreditors interesser

Asl § 3-8 vil også bidra til beskyttelse av kreditors interesser i selskapskapitalen. Omfattende avtaler mellom selskap og aksjeeier kan utgjøre en skjult uthuling av selskapskapitalen til skade for kreditorene. Disposisjonene som omfattes av § 3-8 kan i tillegg være et forsøk fra aksjeeiernes side på å sikre sine interesser på bekostning av

³⁰ Andenæs (2006) side 132.

³¹ Andenæs (2006) side 134.

kreditorene. Dette vil være særlig aktuelt når selskapet går med underskudd.³² Kravet i asl § 3-8 om at disposisjonene som er i strid med armlengdeprinsippet må meldes til Foretaksregisteret, medfører at kreditorene får kunnskap om hva slags bindinger selskapet har til aksjeeierne. Selv om disse meldingene ofte ikke er særlig detaljerte, medfører foretaksregistreringen at kreditorene kan ta visse forbehold. Videre bidrar kravene til styreredegjørelse, i bestemmelsens annet ledd, til en viss grad av kreditorbeskyttelse. Slik redegjørelse skal bekreftes av revisor, og inneholde en erklæring om ”at det er rimelig samsvar mellom verdien av vederlaget selskapet skal yte og verdien av det selskapet skal motta”. Dette medfører at styret og revisor må gjøre seg opp en nærmere mening om avtalens innhold.

1.4.4 Preventivt hensyn

Kravet til generalforsamlingsbehandling i asl § 3-8 vil også medføre at den enkelte transaksjon kommer noe frem i lyset. At avtalen må legges frem for selskapets aksjeeiere kan medføre at selskapet vegrer seg for å inngå avtaler som er i strid med interessene til selskapets kreditorer og aksjeeiere. Bestemmelsen har derfor også en viss preventiv virkning.

1.4.5 Hensynet til effektiv saksbehandling

Utover de hensynene som nevnes i forarbeidene, hevdes det i juridisk litteratur at bestemmelsene i aksjeloven ikke bør tolkes på en måte som gir bedriftene unødvendig tungvint saksbehandling.³³ Dette tilsier også at asl § 3-8 bør tolkes på en måte som gir best mulig forutsigbarhet for selskapene.

³² NOU 1996:3 side 50.

³³ Abrahamsen & Aase (2004) side 344.

2 Anvendelsesområdet til asl § 3-8 i forhold til andre bestemmelser i aksjeloven som omhandler transaksjoner mellom selskap og aksjeeier ved løpende og sammensatte avtaler

2.1 Problemstillingen

Det foreligger flere generelle regler i aksjeloven, annen lovgivning og regelverk som har til siktemål å beskytte selskapets kapital, kreditorer og øvrige aksjeeieres interesser ved transaksjoner mellom selskap og aksjeeier. Det kan blant annet vises til aksjelovens regler om myndighetsmisbruk i §§ 5-21 og 6-28, samt inhabilitetsregelen i § 6-27.

Anvendelsesområdet til asl § 3-8 har derfor blitt kritisert i teorien.³⁴ Bestemmelsen blir ansett for å være overflødig i forhold til de øvrige reglene.

I tillegg til disse reglene foreligger det også spesialbestemmelser som oppstiller saksbehandlingskrav ved spesielle former for løpende og sammensatte avtaler mellom selskap og aksjeeier. Ved løpende avtaler har aksjeloven egne regler om selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse til aksjeeier i asl §§ 8-7 flg., og regler om avtaler mellom selskap og aksjeeier om konvertible lån i aksjeloven kapittel 11. Ved sammensatte avtaler kan aksjelovens kapittel 9 om selskapets erverv av egne aksjer komme til anvendelse. Dette er aktuelt når et av elementene i avtalen er at selskapet skal kjøpe tilbake medkontrahentens aksjer i selskapet. Videre kan reglene om utbytte både komme til anvendelse på løpende og sammensatte avtaler, når aksjeeiers vederlag ikke tilsvarer den prestasjon selskapet yter (skjult utbytte).³⁵ Problemstillingen i det følgende blir om asl § 3-8 kommer til anvendelse i tillegg til disse reglene når selskapets ytelse overstiger en tidel av selskapets aksjekapital.

Innledningsvis skal det nevnes at selv om en avtale mellom selskap og aksjeeier reguleres av andre bestemmelser i aksjeloven, så utelukker ikke det at asl § 3-8 kommer til anvendelse. Asl § 3-8 omfatter i utgangspunktet alle typer avtaler etter sin ordlyd. Videre er

³⁴ Se Olav Perland (2004) side 531-532, og høringsuttalelsen til Handelshøyskolen BI av 14. oktober 2004. Lovgiver har delvis besvart kritikken i Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) side 45.

³⁵ Aarbakke mfl (2004) side 193.

det uttalt i forarbeidene at asl § 3-8 ikke alltid har samme siktemål som andre bestemmelser om transaksjoner mellom selskap og aksjeeier:

”Et viktig formål med bestemmelsene er å sikre åpenhet om kontrakter hvor det kan være grunn til å frykte at partene har noe å skjule. Hovedpoenget med asl § 3-8 er ikke å fastslå at disposisjonene nødvendigvis er ulovlige, men å få dem frem i lyset. Dette kan dessuten ha en preventiv virkning.”³⁶

I juridisk litteratur er det imidlertid fremhevet som et relevant moment i vurderingen av om asl § 3-8 kommer til anvendelse, hvorvidt transaksjonen rammes av andre regler.³⁷ Hvis hensynene bak asl § 3-8 ivaretas av andre regler, bør det ikke oppstilles krav om behandling etter asl § 3-8.³⁸ Dette støttes også av reelle hensyn. Manglende generalforsamlingsbehandling etter asl § 3-8 kan medføre alvorlige konsekvenser, noe som tilsier at bestemmelsen ikke skal gis for vidt anvendelsesområde. Behovet for å ramme uønskede transaksjoner taler heller ikke for å gi asl § 3-8 anvendelse i disse tilfellene.³⁹

Utgangspunktet for vurderingen av spørsmålet om anvendelsesområdet til asl § 3-8, må således bli om asl § 3-8 ivaretar flere hensyn utover spesialbestemmelsen.

2.2 Asl § 3-8 og reglene om selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse i asl §§ 8-7 til 8-11

Det foreligger en del begrensinger i selskapets adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier i etter asl §§ 8-7 til 8-9. Ordet ”kreditt” mangler en klar definisjon i norsk rett. I juridisk teori har imidlertid begrepet blitt definert som at selskapet gir kreditt

³⁶ Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) side 45.

³⁷ Bråthen (2007)a side 11.

³⁸ l.c.

³⁹ l.c.

”hvis mottakeren blir eier av selskapets ytelse, og får henstand med tilbakebetalingen eller motytelsen”.⁴⁰

Det følger av asl § 8-7 at ”selskapet kan bare gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og bare når det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling og tilbakesøking”. Det er i utgangspunktet styret som er kompetent til å yte slik kreditt, eller stille slik sikkerhet som bestemmelsen omhandler.⁴¹ En del lån fra selskap til aksjeeier vil ikke kunne karakteriseres som en avtale som er inngått som ledd i selskapets vanlige virksomhet. Det oppstår derfor et spørsmål om asl § 3-8 kommer til anvendelse når selskapet har gitt en aksjeeier kreditt eller sikkerhetsstillelse innenfor selskapets frie egenkapital, og hvor kreditten overstiger en tidel av selskapets aksjekapital. Verken ordlyden i asl § 3-8 eller asl §§ 8-7 flg. gir sikre holdepunkter for spørsmålet. Heller ikke lovens forarbeider eller rettspraksis gir ytterligere veiledning.

Asl §§ 8-7 til 8-11 er spesialbestemmelser for låneavtaler mellom selskap og aksjeeier. I motsetning til asl § 3-8 er disse reglene spesielt tilpasset låneavtaler. Lex specialis betraktninger taler derfor i mot at asl § 3-8 kommer til anvendelse på selskapets kreditt eller sikkerhetsstillelse til en aksjeeier.

På den annen side fremkommer det av aksjelovens forarbeider at bestemmelsene i asl §§ 8-7 til 8-10 i første rekke er inntatt for å beskytte selskapets kreditorer.⁴² Bestemmelsene er således ikke til hinder for at selskapet inngår en kredittavtale med en aksjeeier som strider mot de øvrige aksjeeiernes interesser, så lenge avtalen ligger innenfor den frie egenkapitalen. Selskapet kan for eksempel inngå en låneavtale som gir aksjeeieren lavere rente enn markedsrenten, og lang tilbakebetalingsperiode. Hensynet til de øvrige aksjeeierne taler således for at asl § 3-8 kommer til anvendelse, ettersom denne regelen

⁴⁰ Andenæs (2006) side 474.

⁴¹ Bråthen (2007)a side 16, og Aarbakke mfl (2004) side 614.

⁴² Ot.prp. nr.36 (1993-1994) side 45.

oppstiller krav om generalforsamlingsbehandling. Det skal imidlertid påpekes at hensynet til aksjeeierne også vil ivaretas av andre regler i aksjeloven ved slike disposisjoner. Det er sikker rett at aksjelovens regler om utbytte, inhabilitet, myndighetsmisbruk og erstatningsansvar kan få anvendelse på avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelse mellom selskap og aksjeeier.⁴³ Etter min oppfatning kan imidlertid ikke dette tillegges avgjørende vekt, da asl § 3-8 må anses å ha en viktig funksjon ved slike avtaleforhold. Generalforsamlingsbehandlingen bidrar til å sikre åpenhet om avtaleforholdet. Videre er det viktig av hensynet til selskapets kapital at avtalen kan kjennes ugyldig der det inngås ugunstige låneavaler med aksjeeieren.

Min konklusjon er derfor at asl § 3-8 kan komme til anvendelse ved selskapets kreditt eller sikkerhetsstillelse til aksjeeier. Dette er også i samsvar med juridisk litteratur på området.⁴⁴

2.3 Asl § 3-8 og reglene om konvertibelt lån i asl kapittel 11

Et selskap kan av ulike grunner ønske å ta opp et lån hos en aksjeeier i stedet for hos en bank eller annen kredittinstitusjon. Slike låneavtaler er tidvis utformet på en måte som gir aksjeeieren en rett til å konvertere lånet til aksjer (konvertibelt lån). Avtaler om konvertibelt lån er av særlig interesse hvor selskapets utsikter er usikre, men hvor det også foreligger muligheter for betydelig vinning. Hvis selskapet går dårlig, har aksjeeieren som långiver fordel av å kunne kreve renter og tilbakebetaling selv om aksjekapitalen går tapt. Går selskapet bra kan aksjeeieren kreve utstedt flere aksjer.⁴⁵ For selskapet er det en fordel i at renten for konvertible lån ofte ligger under markedsrenten for ordinære lån.⁴⁶

Aksjeloven kapittel 11 har egne regler om slike låneformer. Det fremkommer av asl § 11-1 at ”et aksjeselskap kan ved avtale om lån gi fordringshaveren rett til å kreve utstedt aksjer

⁴³ Aarbakke mfl (2004) side 614.

⁴⁴ Bråthen (2007)a side 16.

⁴⁵ Andenæs (2006) side 544.

⁴⁶ Woxholth (2004) side 119.

mot innskudd i penger eller mot at fordringen nyttes til motregning”. Videre følger det av asl § 11-2 at opptak av slike lån besluttet av generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendring. Det fremkommer av bestemmelsens tredje ledd at generalforsamlingen skal fastsette lånevilkårene for hvert enkelt lån. Reglene i kapittel 11 oppstiller imidlertid ingen krav til styredegjørelse slik som asl § 3-8 annet ledd. Problemstillingen blir derfor om reglene i asl § 3-8 får anvendelse i tillegg til reglene i kapittel 11.

Det fremkommer av forarbeidene til aksjeloven at avtaler mellom selskap og aksjeeier om særskilte finansieringsformer fra selskapets side er begrunnet i muligheten for å skaffe egenkapital.⁴⁷ Det er derfor generelt ønskelig at selskapet har et stort register å spille på når det gjelder finansieringsformer. Slike avtaler kan imidlertid medføre endringer i selskapsstrukturen som de øvrige aksjeeierne ikke har oversikt over når instrumentene tas i bruk. Hensynet til investorene, og særlig hensynene til selskapet og de øvrige aksjeeierne taler derfor for en streng lovregulering av slike avtaler.⁴⁸ Reglene i aksjeloven kapittel 11 er utformet på bakgrunn av disse hensynene. Asl § 3-8 vil forsterke vernet for selskapets og øvrige aksjeeieres interesser etter asl kapittel 11, ved at det oppstilles særskilte krav til redegjørelse i bestemmelsens annet ledd.

Asl kapittel 11 har imidlertid egne regler som ivaretar de samme hensynene som asl § 3-8 annet ledd. Etter asl § 11-2 skal opptak av konvertible lån besluttet av generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendring. Det er generalforsamlingen som skal fastsette lånevilkårene, jf. asl § 11-2 tredje ledd. Selskapets aksjeeiere har således stor innflytelse på vedtakelsen og utformingen av låneavtalen. De har adgang til å stemme mot eller for avtalen, samt ta del i fastsettelsen av avtalens lånevilkår. Videre skal avtalen registreres i Foretaksregisteret etter asl § 11-6 annet ledd. Dette medfører at avtalen blir offentlig tilgjengelig for øvrige aktører. Disse reglene bidrar til å sikre balansen i avtaleforholdet mellom selskap og aksjeeier og medfører at transaksjonene føres frem i lyset. Beskyttelsen

⁴⁷ NOU 1992: 29 side 50.

⁴⁸ NOU 1992: 29 side 50.

asl 3-8 gir, blir derfor noe overflødig ved transaksjoner som faller inn under reglene i aksjeloven kapittel 11.

Hensynet til effektiv saksbehandling taler dessuten mot at asl § 3-8 kommer til anvendelse på konvertible låneavtaler. For det første vil det medføre økt arbeidsbyrde for Foretaksregisteret hvis det må gjennomføre registrering etter både asl §§ 3-8 og 11-6. For det andre vil det være tungvint og lite kostnadseffektivt for selskapet hvis det både må følge kravene til redegjørelse i asl § 3-8 samt saksbehandlingskravene i asl § 11-2.

Det kan også tyde på at det er lovgivers intensjon at aksjeloven kapittel 11 utgjør utømmende regulering av selskapets adgang til å inngå avtaler om konvertible lån. Det fremkommer av forarbeidene at selskapet for eksempel ikke kan binde seg ved avtale til å foreta en rettet emisjon til fordel for medkontrahenten når sistnevnte krever det.⁴⁹ Avtaler som inngås utenfor reglene i kapittel 11, vil bli kjent ugyldige. Siden kapittel 11 utgjør en såpass streng regulering av disse finansieringsformene, så tyder det på at det ikke er meningen at selskapet i tillegg må følge saksbehandlingskravene i asl § 3-8.

En avtale om konvertibelt lån må også anses for å utgjøre en spesiell avtaleform i motsetning til alminnelig avtale som reguleres av asl § 3-8. Lex specialis betraktninger taler derfor i mot at asl § 3-8 får anvendelse på slike avtaleformer, ettersom de er særskilt regulert i asl kapittel 11.

Etter min oppfatning veier momentene som taler i mot at asl § 3-8 får anvendelse på avtaler som faller inn under aksjeloven kapittel 11 sterkest. Kravet til ”avtale” i asl § 3-8 må således tolkes innskrenkende i så henseende.

⁴⁹ NOU 1992:29 side 51, se også Hugo P. Matre (2007) note 1763.

2.4 Asl § 3-8 og reglene om selskapets erverv av egne aksjer i asl kapittel 9

Noen sammensatte avtaler vil bestå av et element hvor selskapet påføres en forpliktelse til å kjøpe tilbake egne aksjer i selskapet. For eksempel kan det være en avtale om både kjøp av en aksjeeiers virksomhet, samt et tilbakekjøp av vedkommendes aksjer. En slik transaksjon kan være motivert av flere forhold, blant annet hvis selskapet finner en innløsning av aksjeeieren fordelaktig. Aksjeeieren på sin side kan ha et ønske om salg dersom aksjene er lite omsettelige i markedet.

I aksjeloven kapittel 9 oppstilles det særskilte regler for avtaler om selskapets erverv av egne aksjer fra en aksjeeier. Disse reglene inneholder en del begrensinger i adgangen til å inngå slike avtaler. Det følger av asl § 9-2 at et aksjeselskap bare kan erverve egne aksjer ”dersom den samlede pålydende verdi av beholdningen av egne aksjer ikke overstiger ti prosent av aksjekapitalen”. Videre må generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendring ha gitt styret fullmakt til å foreta slike erverv, jf. asl § 9-4. Fullmakten må være meldt til Foretaksregisteret, og være registrert før aksjene erverves jf. asl § 9-4 fjerde ledd. Etter asl § 9-7 medfører brudd på disse reglene at avtalen er ugyldig dersom aksjeeieren er i ond tro.

Reglene i aksjeloven kapittel 9 er for det første begrunnet i hensynet til kreditorene. Hvis et aksjeselskap hadde fri adgang til å erverve egne aksjer, kunne det ha gjennomført utdelinger uten å respektere de begrensinger som ellers gjelder i aksjeloven.⁵⁰ For det annet har reglene en side til likhetsgrunnsetningen, samt prinsippet om at en aksjeeier normalt ikke skal måtte finne seg i at en utbetaling fra selskapet kanaliseres til en bestemt aksjeeier. Reglene bidrar således til at selskapets erverv av egne aksjer skjer i samsvar med selskapet og aksjeeiernes felles interesse.⁵¹ Kapittel 9 bygger altså i stor grad på samme hensyn som asl § 3-8. Reglene inneholder imidlertid ikke samme krav til redegjørelse. Videre er det heller ikke generalforsamlingen som inngår avtalen, men styret etter fullmakt fra

⁵⁰ Aarbakke mfl (2004) side 634.

⁵¹ Aarbakke mfl (2004) side 634.

generalforsamlingen. Spørsmålet blir derfor om asl § 3-8 får anvendelse ved siden av kapittel 9, hvor den delen av avtalen som gjelder selskapets erverv av egne aksjer overskrider terskelverdiene i asl § 3-8.

Det er noe uklart etter ordlyden til asl § 3-8 hvorvidt selskapets erverv av egne aksjer utgjør en "avtale". Disse transaksjonene inngås normalt i avtaleform, noe som taler for at de dekkes av ordlyden. Juridisk litteratur har imidlertid uttalt at selskapets erverv av egne aksjer bare i *formen* er en gjensidig bindende avtale. I realiteten utgjør det en innløsning av aksjen der kjøpesummen utgjør innløsningsbeløpet.⁵² Dette skyldes at de ervervede aksjene ikke har noen selvstendig verdi på selskapets hånd. Andenæs har som eksempel vist til tilfeller hvor selskapet kjøper samtlige aksjer. Hvis denne kjøpesummen tilsvarer andelen i selskapets egenkapital, vil selskapet etter transaksjonen være tømt for reell egenkapital, og de ervervede aksjene er tilsvarende verdiløse.⁵³ Ordlyden i asl § 3-8 gir derfor ikke sikre holdepunkter for om selskapets erverv av egne aksjer er å betrakte som en "avtale" i bestemmelsens forstand

Forarbeidene til aksjeloven og rettspraksis har heller ikke tatt standpunkt til spørsmålet. Løsningen vil derfor bero på en avveining av reelle hensyn.

Som nevnt ovenfor, er både formålet til asl § 3-8 og til asl kapittel 9 å ivareta hensynene til selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere. Følgelig oppstiller begge regelsettene en del dokumentasjonskrav til transaksjonen. I kapittel 9 er dette nærmere regulert i asl § 9-4. Etter denne bestemmelsen skal fullmakten fra generalforsamlingen "angi den høyeste pålydende verdien av de aksjer som selskapet i alt kan erverve, og det minste og det høyeste beløp som kan betales for aksjene". Videre skal fullmakten inneholde på hvilke måter erverv og avhendelse av egne aksjer kan foretas. Kapittel 9 har imidlertid ikke samme krav til styreredegjørelse og revisorgodkjennelse som asl § 3-8. Asl § 3-8 vil

⁵² Andenæs (2006) side 489.

⁵³ l.c.

således bidra til et høyere beskyttelsesnivå ved slike disposisjoner, noe som taler for at bestemmelsen bør komme til anvendelse.

For det andre taler misbrukshensyn for at asl § 3-8 får anvendelse. Hvis avtaler om selskapets erverv av egne aksjer kun blir regulert av reglene i kapittel 9, kan dette åpne for misbruk fra selskapets styre. Dette vil spesielt gjelde der generalforsamlingens fullmakt etter asl § 9-4 blir for generell. Selskapet kan da hjelpe en aksjeeier til å selge aksjene sine når han er i likviditetskrise og aksjene er lite omsettelige. Dette vil utgjøre forskjellsbehandling ovenfor selskapets øvrige aksjeeiere og stride mot kreditorenes interesser.⁵⁴

På den annen side vil regelen i asl § 6-28 som omhandler myndighetsmisbruk fra styret, fange opp de fleste tilfeller hvor styret benytter en fullmakt fra generalforsamlingen på denne måten. Fullmakten skal også være behandlet i generalforsamlingen etter asl § 9-4. Selskapets øvrige aksjeeiere vil da ha mulighet til å ta fullmakten til diskusjon hvis man mener den åpner for forskjellsbehandling.

Ved selskapets erverv av egne aksjer kan det også være vanskelig å fastlegge hva som er aksjenes ”verdi” etter asl § 3-8.⁵⁵ Spesielt gjelder dette der aksjene er lite omsettelige. Videre vil det også være tungvint for selskapet både å innhente fullmakt fra generalforsamlingen i henhold til asl § 9-4, og utarbeide redegjørelse etter asl § 3-8 annet ledd.

Lex specialis betraktninger gjør seg også gjeldende for slike avtaler ved at selskapets erverv av egne aksjer må betraktes som en spesiell avtaleform som krever særskilt regulering. Dette tyder på at reglene i aksjelovens kapittel 9 er utømmende for transaksjoner av denne typen.

⁵⁴ Abrahamsen & Aase (2004) side 351.

⁵⁵ Andenæs (2006) side 429.

Juridisk litteratur vedrørende asl § 3-8, før lovendringen av 15. desember 2006, trekker også i retning av at asl § 3-8 ikke får anvendelse for slike avtaler.⁵⁶ Dette gjaldt imidlertid den gamle utformingen av bestemmelsen, men kan fortsatt ha relevans ettersom lovgiver i denne sammenhengen ikke har endret paragrafen i vesentlig grad.

Under tvil finner jeg at momentene som taler i mot at asl § 3-8 får anvendelse ved siden av asl kapittel 9 må veie tyngst. Avgjørende er særlig avtaleformens egenart, og at det er egne regler i aksjeloven som fanger opp misbruk fra styrets side. Konklusjonen blir således at asl § 3-8 ikke får anvendelse ved siden av reglene om selskapets erverv av egne aksjer i kapittel 9.

2.5 Asl § 3-8 og reglene om utbytte i asl §§ 8-1 flg.

Et utbytte fra selskapet til en aksjeeier rammes i utgangspunktet ikke av asl § 3-8, ettersom dette ikke utgjør en "avtale" i bestemmelsens forstand. Løpende eller sammensatte avtaler mellom selskap og aksjeeier kan imidlertid utgjøre et utbytte dersom vederlaget ikke tilsvarende prestasjon selskapet yter ("skjult utbytte").⁵⁷ En konsulentavtale mellom selskap og aksjeeier, hvor aksjeeieren i realiteten ikke utfører noe arbeid, kan således anses som skjult utbytte. I disse tilfellene oppstår det en problemstilling om asl § 3-8 kommer til anvendelse ved siden av de alminnelige reglene om utbytte i asl §§ 8-1 flg.

Forarbeidene til aksjeloven utelukker ikke at asl § 3-8 kan komme til anvendelse, da bestemmelsen kan ha en annen funksjon enn asl §§ 8-1 flg.⁵⁸ Spørsmålet drøftes imidlertid ikke noe nærmere.

I juridisk teori er spørsmålet noe omtvistet. Aarbakke mfl og Woxholth hevder at reglene gjelder parallelt dersom avtalen innebærer en utdeling fra selskapet til aksjeeieren.⁵⁹ Ingen

⁵⁶ Aarbakke mfl (2004) side 209, Abrahamsen & Aase (2004) side 352 og Andenæs (2006) side 429.

⁵⁷ Aarbakke mfl (2004) side 193.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) side 45.

av forfatterne begrunner uttalelsene noe nærmere. Bråthen mener på den annen side at asl § 3-8 ikke kommer til anvendelse. Han begrunner sitt standpunkt med at kravet i asl § 3-8 annet ledd annet punktum om at ”Redegjørelsen skal inneholde en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta” innebærer at asl § 3-8 er begrenset til disse tilfellene.⁶⁰ Hvis det ikke er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta, kan det ikke gis erklæring slik bestemmelsen krever. For det andre mener han at det heller ikke kan være noen grunn til å behandle et utbytte med avtaleelement strengere enn utbytte i form av gjenstander uten avtaleelement.⁶¹ Videre mener Bråthen at minoritetsaksjeeiernes interesser ivaretas tilstrekkelig ved at en avtale om skjult utbytte, må vedtas med tilslutning fra aksjeeierne som får sin rett forringet.⁶² En aksjeeier som er i mot avtalen kan således stemme mot og forhindre vedtaket.

Det som taler for Aarbakkes og Woxholths syn, er at asl § 3-8 oppstiller strengere krav til dokumentasjon, og at vedtak om utbytte etter asl §§ 8-1 flg. ikke må meldes til Foretaksregisteret. Videre kan det også være vanskelig å fastslå utbytteelementet i noen avtaletyper. Ved selskapets kjøp av gjenstand til overpris kan det være vanskelig, ettersom man ofte ikke har kjennskap til gjenstandens verdi.⁶³

Etter min oppfatning har imidlertid Bråthens syn mest for seg. Selv om vedtak om utbytte etter asl §§ 8-1 flg. ikke må meldes til Foretaksregisteret vil det offentliggjøres i årsregnskapet. Selskapets kreditorer vil således få kjennskap til utdelingen. Jeg er også enig med Bråthen i at det ikke foreligger noen reelle hensyn som tilsier at utbytte med avtaleelement skal behandles strengere.

⁵⁹ Aarbakke mfl (2004) side 203. Woxholth (2004) side 126.

⁶⁰ Bråthen (2007)a side 14.

⁶¹ Bråthen (2007)a side 15.

⁶² Bråthen (2007)a side 15 og Aarbakke mfl (2004) side 402.

⁶³ Bråthen (2007)a side 15.

På bakgrunn av ovenstående kommer jeg således til at asl § 3-8 ikke får anvendelse ved siden av reglene om utbytte i asl §§ 8-1 flg., dersom det foreligger en avtale som kan anses som skjult utbytte.

3 Kravet til at ”selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen”

3.1 Problemstillingen

Etter asl § 3-8 første ledd første punktum er det et krav om at ”selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen”. For å unngå uheldige virkninger av dette, har lovgiver inntatt et unntak i bestemmelsen første ledd nr 5, hvor det fremkommer at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse ved avtaler ”der selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50 000 kroner, og som er godkjent av styret”.⁶⁴ Utformingen av kravet til selskapets ytelse ble noe forandret ved lovendringen av 15. desember 2006. Det ble inntatt en presisering om at selskapets ytelse skal vurderes til ”virkelig verdi”. Denne endringen tok sikte på å forhindre tvil om hvorvidt asl § 3-6 tredje ledd får anvendelse ved vurderingen.⁶⁵ Etter asl § 3-6 tredje ledd er det eiendelens balanseførte verdi som er avgjørende ved verdivurderingen ved utdelinger fra selskapet. Dette har nå ikke betydning for vurderingen av asl § 3-8. Det er således den faktiske eller reelle verdi som skal legges til grunn for vurderingen. Videre fremkommer det av bestemmelsens ordlyd og forarbeider at det er selskapets ytelse som er avgjørende for vurderingen av kravet. Det betyr at hvis det er selskapets medkontrahent som yter vederlaget i penger, er det verdien av selskapets ytelse som er avgjørende for om bestemmelsen kommer til anvendelse.⁶⁶

Kravet til selskapets ytelse reiser en del spørsmål når selskapet skal ta standpunkt til om ytelsen utgjør over en tidel av aksjekapitalen ved løpende og sammensatte avtaler. Ved alminnelige løpende avtaler viser spørsmålet seg først og fremst fordi avtalene kan løpe over flere år eller på ubestemt tid. Det kan da være vanskelig for selskapet å fastlegge verdien på ytelsen ved avtaleinngåelsen, ettersom det ikke alltid er klart hvor lang tid avtalen skal løpe. For det andre kan det oppstå problemer ved låneavtaler mellom selskap

⁶⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) side 47.

⁶⁵ Ot.prp nr 55 (2005-2006) side 163.

⁶⁶ Ot.prp nr 55 (2005-2006) side 163.

og aksjeeier. Problemstillingen blir da om fastleggelsen av ytelsen skal skje ut fra lånet, renten, eller summen av lån og rente. For det tredje viser spørsmålet seg ved avtaler som løper over lang tid hvor det endelige vederlaget ikke er avtalt mellom selskapet og aksjeeieren. Selskapet inngår for eksempel en konsulentavtale med en aksjeeier hvor det samlede vederlag skal fastsettes til slutt. Ved sammensatte avtaler viser problemstillingen seg først og fremst der avtalen består av såpass ulike elementer at hver del av avtalen kan karakteriseres som én avtale. Spørsmålet blir da om hver enkelt del skal vurderes hver for seg, eller samlet sett i fastsettelsen av kravet til selskapets ytelse.

3.2 Tidspunktet for vurderingen

Det fremkommer av asl § 3-8 at selskapets ytelse skal vurderes opp mot ”aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen”. Bestemmelsens ordlyd gir ikke sikre holdepunkter for når skjæringstidspunktet for beregningen av selskapets ytelse i forhold til selskapets aksjekapital inntreffer. Endringslovens forarbeider fastslår imidlertid at ”verdivurderingen skal foretas på tidspunktet avtalen blir bindende for selskapet”.⁶⁷ Videre fastslår departementet at verdivurderingen ikke skal knyttes til tidspunktet for generalforsamlingsbeslutning. Begrunnelsen for dette er at ytelsens verdi ofte vil innebære at det ikke skal avholdes noen generalforsamling. Det betyr at skjæringstidspunktet for beregningen av selskapets ytelse i forhold til selskapets aksjekapital blir når avtalen blir bindende for selskapet etter alminnelige avtalerettslige regler. Tidspunktet for når selskapet velger å avholde generalforsamling spiller ingen rolle for vurderingen.

Utgangspunktet for vurderingen av selskapets ytelse vil være selskapets vedtektsbestemte aksjekapital på tidspunktet for avtaleinngåelsen, jf. asl § 2-2 første ledd nr 4. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for vurderingen. Både hensynet til selskapets kreditorer og hensynet til selskapets øvrige aksjeeiere, tilsier at beregningen av selskapets ytelse må

⁶⁷ Ot.prp nr. 55 (2005-2006) side 163.

vurderes opp mot selskapets aksjekapital slik den er registrert i Foretaksregisteret, jf. foretaksregisterloven” § 3-1 nr 1 sml § 4-1 annet ledd tredje pkt.⁶⁸

En problemstilling oppstår der selskapet har foretatt en kapitalforhøyelse eller en kapitalnedsettelse etter tidspunktet for avtalen med aksjeeieren. Spørsmålet blir da om dette får betydning for beregningen av selskapets aksjekapital. Ved kapitalnedsettelser synes det klart at det er den registrerte og vedtektsbestemte aksjekapitalen på avtaletidspunktet som legges til grunn. Hvis ikke ville selskapet ha mulighet til å påberope seg ugyldighet i avtaler med aksjeeier ved å foreta en kapitalnedsettelse som medfører at avtalen faller inn under kravet til en tidel av aksjekapitalen.⁶⁹ Når det gjelder kapitalforhøyelser, fremgår det av asl § 10-10 at en kapitalforhøyelse anses foretatt når den er registrert i Foretaksregisteret. Det betyr at også her vil det avgjørende være selskapets vedtektsbestemte og registrerte aksjekapital på avtaletidspunktet. Selskapet ville også da hatt en mulighet til å unngå regelen i asl § 3-8 ved å foreta en kapitalforhøyelse slik at avtalen ikke lenger utgjorde en tidel av aksjekapitalen. Selv om disposisjonen da ikke lenger utgjør noen trussel mot selskapskapitalen, vil dette medføre retts teknisk vanskelige løsninger.

Det kan tenkes tilfeller hvor selskapet har truffet en beslutning om kapitalnedsettelse før avtaleinngåelsen, men som ennå ikke er meldt til Foretaksregisteret på dette tidspunktet. Etter asl § 12-4 må selskapet melde kapitalnedsettelsen innen to måneder etter at beslutningen ble truffet. Retts tekniske hensyn taler i disse tilfellene for at kapitalnedsettelsen ikke får betydning for beregningen av selskapets aksjekapital. Dette skaper også størst forutberegnlighet for selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere.

⁶⁸ Lov om registrering av foretak av 21. juni 1985 nr 78 ”fregl”. Tilsvarende Bråthen (2003) side 882.

⁶⁹ Se Bråthen (2003) side 883.

3.3 Vurderingen av størrelsen på "selskapets ytelse" ved løpende avtaler

3.3.1 Alminnelige løpende avtaler

Det kan være noe problematisk å fastlegge størrelsen på selskapets ytelse ved løpende avtaler mellom selskap og aksjeeier. Dette skyldes som sagt at disse avtaletypene kan løpe over perioder på flere år, eller gjelde på ubestemt tid. Som et eksempel kan nevnes at selskapet inngår en avtale med en aksjeeier om leie av lokaler. Ordlyden i asl § 3-8 gir ingen nærmere holdepunkter til vurderingen av ytelsens størrelse. Det foreligger imidlertid uttalelser i lovens forarbeider og juridisk litteratur av relevans i denne sammenheng.

Etter forarbeidene må det foretas en kapitalisering av selskapets ytelse på tidspunktet for avtaleinngåelsen.⁷⁰ Kapitalisering er utregningen av kapitalverdien på et visst tidspunkt av en serie betalinger over en tidsperiode. Man ser på avtalens løpetid og fremtidige inntekter neddiskontert til nåverdien for tidspunktet for avtalebindingen.

Videre er det uttalt at utgangspunktet for vurderingen er kontraktstidens lengde, altså hvor lenge selskapet har bundet seg.⁷¹ Juridisk litteratur slutter seg til dette synspunktet.⁷²

Denne løsningen kan imidlertid kritiseres, da den ikke vil lede til rimelig resultat i alle tilfeller. Ikke alle løpende avtaler som løper over lang tid vil overstige terskelverdiene i asl § 3-8. Slike avtaler vil som regel inneholde en gjensidig oppsigelsesrett for partene, og det kan da hende at avtalen sies opp før utløpet av avtaletiden. Det vil da være urimelig ovenfor selskapet å oppstille et krav om saksbehandling etter asl § 3-8. Selskapet vil vegre seg for å bruke tid på komplisert nåverdiberegning, og heller sørge for at det blir drevet på en økonomisk og effektiv måte.⁷³ Delbetalingene er også ofte på små beløp, og vil derfor ikke alltid utgjøre noen stor trussel mot selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere. Reelle

⁷⁰ Ot.prp nr. 23 (1996-1997) side 45 og Ot.prp nr. 55 (2006-2007) side 163.

⁷¹ Ot.prp nr. 23 (1996-1997) side 45 og Ot.prp nr 55 (2006-2007) side 163.

⁷² Ot.prp nr 55 (2005-2006) side 163, Aarbakke mfl (2004) side 205, Bråthen (2007)b note 315.

⁷³ Se Abrahamsen og Aase (2004) side 354.

hensyn taler således for at et riktigere utgangspunkt for beregningen av selskapets ytelse er avtalens oppsigelsesfrist.

Ved løpende avtaler hvor selskapet har en ensidig rett til å si opp avtalen, fremkommer det av bestemmelsens forarbeider at det er oppsigelsesfristens lengde og det neddiskonterte beløpet for denne perioden som er avgjørende.⁷⁴ Dette utgjør imidlertid kun utgangspunkter for vurderingen. Alminnelige omgåelsesbetraktninger kan få betydning. Det kan for eksempel bli rom for gjennomskjæring i løpende avtaler der det er inntatt en kort ensidig oppsigelsesfrist til selskapet som man er sikker på at ikke vil bli påberopt.⁷⁵

3.3.2 Låneavtaler

Ved låneavtaler mellom selskap og aksjeeier oppstår spørsmålet om fastleggelsen av selskapets ytelse både når selskapet låner aksjeeieren penger, og når aksjeeieren låner selskapet penger. Asl § 3-8 kommer til anvendelse på disse avtalene såfremt de ikke inngår som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet”. Problemstillingen blir om selskapets ytelse bare er lånebeløpet, lånebeløpet med renter eller bare renter. Dette vil bero på om det er selskapet eller aksjeeieren som yter lånet.

Hvis selskapet utbetaler lånet, fremkommer det klart av en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd at selskapets ytelse er lånebeløpet uten renter. Rentene er vederlaget aksjeeieren betaler for lånet, og således ikke selskapets ”ytelse”.

Når selskapet tar opp et lån hos en aksjeeier, oppstår spørsmålet om selskapets ytelse er lånebeløpet med renter eller bare rentene. I en alminnelig låneavtale plikter selskapet å betale aksjeeieren lånet tilbake med renter. Lovens ordlyd gir ikke klare løsninger på spørsmålet, da ytelse språklig sett både kan bety det selskapet betaler i renter, eller det som totalt utbetales til aksjeeieren. Når et selskap tar opp et lån hos en aksjeeier, løper det ikke

⁷⁴ Ot.prp nr. 23 (1996-1997) side 45.

⁷⁵ Se Abrahamsen og Aase (2004) side 354.

så stor risiko som når det låner aksjeeieren penger. Det er således ikke behov for et strengt vern av selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere i de tilfellene renteutgiftene utgjør mindre enn en tidel av aksjekapitalen. Reelle hensyn taler således for at bare rentene skal regnes med i selskapets ytelse. Videre følger det av alminnelige pengekravsrettslige regler at det i utgangspunktet kun er rentene som utgjør ytelsen for den løpende kreditt debitor har oppnådd hos kreditor.⁷⁶ Det betyr at etter alminnelig pengekravsrettslig terminologi er det kun selskapets betaling av renter som er ”ytelse” i asl § 3-8. Det må derfor anses for å være temmelig klart at det bare er selskapets renteutgifter som skal regnes med i vurderingen av selskapets ytelse i låneavtaler hvor selskapet er lånetaker

I avtaler hvor selskapet tar opp et lån hos en aksjeeier, oppstår det et spørsmål om hvilken betydning avtalens løpetid skal ha for beregningen av rentene. I et lån på 900 000 kroner med 10 % rente vil renteutgiftene være mye større på avtaler som går over 30 år enn 10 år. Som nevnt i pkt 3.3.1 ovenfor må man da foreta en kapitalisering av selskapets renteutgifter. Utgangspunktet for beregningen er låneavtalens løpetid. Dersom det foreligger en oppsigelsesfrist, vil denne danne utgangspunktet for beregningen.

3.3.3 Avtaler som løper over lang tid og hvor det endelige vederlag ennå ikke er avklart

En annen problemstilling ved kravet til selskapets ytelse etter asl § 3-8 viser seg ved løpende avtaler hvor det endelige vederlaget ennå ikke er avklart. Problemstillingen er særlig aktuell for tjenesteavtaler. Hvis for eksempel selskapet inngår en konsulentavtale med en aksjeeier hvor oppdraget gjøres opp med en forskuddsbetaling på kr 10 000, og hvor det resterende beløp gjøres opp når oppdraget er ferdig, oppstår det et spørsmål om hva som er selskapets endelige ytelse på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Ordlyden til asl § 3-8 gir ingen klare løsninger på spørsmålet.

⁷⁶ Hagstrøm (2004) side 169.

Det er uttalt i aksjelovens forarbeider at asl § 3-8 gjelder på tjenesteytelser hvor prisen ikke er fastlagt på forhånd.⁷⁷ Bestemmelsen kan altså få anvendelse selv om selskapet ikke betaler vederlaget umiddelbart. Forarbeidene går imidlertid ikke nærmere inn på hvordan størrelsen på ytelsen skal fastlegges. Det eneste som nevnes er at slike avtaler ofte vil falle inn under unntaket for vanlige forretningsavtaler. Forarbeidene til endringsloven av 15. desember 2006 tar ikke nærmere stilling til spørsmålet.⁷⁸

Reelle hensyn taler for at det bør oppstilles en sannsynlighetsvurdering av om selskapets ytelse utgjør en tidel av aksjekapitalen ved avtaler hvor det endelige vederlag ikke er fastsatt på forhånd. En slik forståelse av bestemmelsen er i samsvar med selskapets interesser. Aksjeselskaper med stor aksjekapital vil for eksempel ofte, med stor sikkerhet vite at avtalens samlede vederlag ikke utgjør 1/10 av aksjekapitalen. I disse tilfellene vil det være svært urimelig og upraktisk dersom selskapet må følge reglene i asl § 3-8. Hvis selskapet kommer til i vurderingen av sin ytelse at sannsynligheten er lav for at den overstiger en tidel av selskapets aksjekapital, bør avtalen ikke legges frem for generalforsamlingen.

Juridisk litteratur er også i overensstemmelse med et slikt syn. Bråthen og Aarbakke mfl. uttaler at det vil bero på et anslag av avtalens verdi.⁷⁹ Abrahamsen og Aase strekker sannsynlighetskravet enda lenger, og uttaler at det må være overveiende sannsynlig at beløpet overskrider beløpstærskelen for at saksbehandlingsreglene i asl § 3-8 kommer til anvendelse.⁸⁰

Siden lovens ordlyd og forarbeider ikke gir sikre holdepunkter for løsningen, konkluderer jeg på bakgrunn av reelle hensyn og juridisk litteratur, med at selskapet bare plikter å legge

⁷⁷ Ot.prp nr. 23 (1996-1997) side 45.

⁷⁸ Ot.prp nr. 55 (2005-2006).

⁷⁹ Aarbakke mfl (2004) side 205, Bråthen (2003) side 883.

⁸⁰ Abrahamsen og Aase (2004) side 354.

frem avtalen for generalforsamlingen der det er overveiende sannsynlig at deres ytelse vil overstige beløpsgrensen.

3.4 Vurderingen av størrelsen på "selskapets ytelse" ved sammensatte avtaler

3.4.1 Problemstillingen

Etter en naturlig språklig forståelse av kravet til "selskapets ytelse" må verdsettelsen i utgangspunktet skje isolert sett for hver enkelt av selskapets avtaler. Aksjeeierne har altså ikke en kvote som må overskrides i en samlet sum.⁸¹ Man må som hovedregel trekke en grense mellom en og flere avtaler i vurderingen av "selskapets ytelse". Hvis for eksempel selskapet inngår en avtale med en aksjeeier om organiseringen av firmaets julebord til kr 30 000, og senere leier tjenester av samme aksjeeier til kr 40 000 vil dette være to forskjellige avtaler som skal vurderes hver for seg. Denne grensedragningen reiser imidlertid noen tolkningsspørsmål ved sammensatte avtaleforhold.

For det første kan selskapet prøve å omgå regelen ved å dele enkelte elementene i en sammensatt avtale inn i ulike avtaledokumenter hvor selskapets ytelse utgjør under en tidel av aksjekapitalen. For det andre kan det oppstå spørsmål utenfor omgåelsestilfellene om hvorvidt noen avtaler mellom selskap og aksjeeier må vurderes samlet i vurderingen av selskapets ytelse. Spørsmålet kan for eksempel være aktuelt der selskapet og aksjeeieren til samme tid både inngår en avtale om salg av en del av selskapets virksomhet og en avtale om franchise rettigheter med den solgte virksomheten.⁸²

⁸¹ Andenæs (2006) side 429.

⁸² Dette spørsmålet viser seg også under kravet til "avtale" i asl § 3-8. Jeg velger å behandle det under fastsettelsen av selskapets ytelse, ettersom avhandlingen ikke redegjør for kravet til "avtale". Se også Bråthen (2007)a.

3.4.2 Omgåelse av asl § 3-8

Det fremkommer av lovens forarbeider at oppdeling av en transaksjon i flere små transaksjoner for å komme under beløpsgrensen i asl § 3-8, vil rammes av alminnelige omgåelsesbetraktninger.⁸³ Omgåelse medfører at transaksjonene skal vurderes samlet under kravet til selskapets ytelse. Dette synspunktet har også støtte i juridisk litteratur.⁸⁴ Lovgiver har imidlertid ikke funnet det mulig eller hensiktsmessig å presisere i loven når det foreligger omgåelse.⁸⁵ Dette begrunnes med at konsekvensen av en ugyldig avtale uansett gir et tilstrekkelig incitament for selskapet til å etterleve bestemmelsen. Denne uttalelsen kan kritiseres. Ikke alle selskaper vil ha full oversikt over regelens innhold, og det vil forekomme tilfeller hvor selskapet ønsker å inngå avtaler som det vet ikke vil oppfylle betingelsene i asl § 3-8. Et styremedlem ønsker for eksempel å inngå en konsulentavtale med ett søsterselskap, som innebærer dårlige betingelser for selskapet.

Problemstillingen i det følgende blir derfor når inndelingen av en sammensatt avtale i flere enkeltstående avtaler skal karakteriseres som omgåelse av kravet til ”selskapets ytelse” i asl § 3-8 første ledd. Det beror på om avtalene skal vurderes individuelt, eller de må anses for å være én avtale, og således vurderes samlet. Hvorvidt oppdelingen i flere mindre enkelt avtaler anses for å være omgåelse av asl § 3-8, vil bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Utgangspunktet for vurderingen blir hvorvidt inndelingen strider mot regelens formål. Sentralt ved en slik vurdering vil være en interesseavveining av hensynet til kreditorene og likhetsprinsippet på den ene siden, mot hensynet til at selskapet drives på en mest mulig økonomisk lønnsom og effektiv måte på den annen side. I det følgende vil det redegjøres for noen aktuelle momenter ved denne vurderingen.

⁸³ Ot.prp nr 23 (1996-1997) side 45.

⁸⁴ Se blant annet Andenæs (2006) Aarbakke mfl (2004) og Bråthen (2003).

⁸⁵ Ot.prp nr 23 (1996-1997) side 45.

3.4.2.1 Generelt om omgåelse i selskapsretten

I motsetning til skatteretten, har ikke rettspraksis oppstilt noen ulovfestet omgåelsesnorm som fastsetter eksplisitte kriterier for vurderingen av omgåelse i aksjeselskapsretten. Hvorvidt det foreligger omgåelse av en regel i aksjeloven, må således vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Omgåelsesnormen i skatteretten kan imidlertid fungere som en indikator for hvilke momenter som er sentrale ved vurderingen. Etter den skatterettslige omgåelsesnormen må transaksjonen være skattemessig motivert. I tillegg vil det bero på en helhetsvurdering hvor man ser på disposisjonens egenverdi, og hvorvidt den strider mot skattereglenes formål.⁸⁶

Det foreligger noe rettspraksis som gjelder omgåelse av regler i aksjeselskapsretten. Dommene gjelder andre regler enn asl § 3-8, men kan ha en viss betydning, ettersom det ofte er det samme vurderingstemaet som ligger grunn for vurderingen. Videre taler hensynene til konsekvens, sammenheng og harmoni i rettssystemet for at det oppstilles like kriterier ved vurderingen av omgåelsesspørsmålet i forhold til forskjellige regler i aksjeloven.

Rt 1997 side 1010 gir et eksempel på vurdering av omgåelse av en regel i aksjeloven. Dommen gjaldt spørsmål om ansvar i forbindelse med en aksjeemisjon. Et selskap A hadde foretatt en kapitalforhøyelse av aksjekapitalen ved en emisjon rettet mot selskapet B. I denne forbindelse overtok A eierandelene B hadde i et kommandittselskap "KS-andelene". Aksjeemisjonen ble imidlertid formelt gjennomført som en kontantemisjon. A gikk senere konkurs. Konkursboet til A gikk da til sak mot B, og hevdet at det forelå en omgåelse av aksjelovens regler når kapitalforhøyelsen var gitt skinn av å være gjennomført som en kontantemisjon. B benektet dette, og hevdet at transaksjonen besto av to prinsipalt forskjellige deler. Høyesterett kom til at det forelå omgåelse. Førstvoterende sluttet seg til lagmannsrettens uttalelse hvor det ble sagt at "det var en så nær og bindende sammenheng mellom aksjekapitalutvidelsen og selskapets overtakelse av KS-andelene at det er grunn til

⁸⁶ For nærmere om omgåelsesnormen i skatteretten, se Zimmer (2005) side 61 flg. og Banoun (2002).

å skjære gjennom det skinn av kontantemisjon som transaksjonen var søkt ikledd”.

Dommen illustrerer at et relevant moment i vurderingen av hvorvidt omgåelse foreligger vil være graden av sammenheng mellom de forskjellige overdragelsene. Dersom selskapet inngår en avtale med en aksjeeier om bygging av en bedriftshytte, og hvor dette er oppdelt i en avtale om kjøp av materialer på kr 30 000 og en avtale om bruk av aksjeeierens tjenester på kr 30 000 vil det være såpass nær sammenheng mellom disse at selskapets ytelse i henhold til asl § 3-8, må sies å utgjøre kr 60 000.

Det foreligger også noen eksempler fra underrettspraksis hvor spørsmålet om omgåelse har blitt vurdert.

I LG-2005-157344 (Gulating lagmannsrett) var personen A ilagt konkurskarantene. På denne bakgrunn ble hans foreldre oppført som henholdsvis daglig leder og styreformann i selskapet. A styrte imidlertid selskapet på egen hånd. Foreldrene hadde i realiteten ikke noe med driften å gjøre, bortsett fra at de underskrev selskapsdokumenter på A's anmodning. Både A og foreldrene foretok denne funksjonsfordelingen med viten og vilje.

Lagmannsretten kom til at dette var bevisst omgåelse av reglene i aksjeloven, fordi det medførte at A kunne drive i aksjeselskapsform selv om han var ilagt konkurskarantene. Dommen viser at i hvilken grad partene kan bebreides for omgåelsen, hvorvidt dette ble gjort bevisst, og om medkontrahenten var med på dette, kan være sentrale momenter ved vurderingen.

LE-1992-1653 (Eidsivating lagmannsrett) berørte også spørsmålet om omgåelse i aksjeselskapsretten. Dommen gjaldt spørsmålet om gyldigheten av en panteavtale i forhold til reglene i aksjeloven av 1976 § 12-10. Dette var en bestemmelse som dreide seg om kravene til selskapets egenkapital og sikkerhetsstillelse ved lån til aksjeeierne.

Lagmannsretten kom til at panteavtalen objektivt sett ikke tilfredstilte disse vilkårene. Den ble imidlertid ikke kjent ugyldig, da den ikke utgjorde noen form for omgåelse av regelen. Lagmannsrettens begrunnelse for at det ikke var omgåelse var at det ikke forelå noen holdepunkter som tilsa at långiver forsto eller burde forstå at deres ytelse var for å omgå

regelen i aksjeloven av 1976 § 12-10. Et aktuelt moment som taler mot omgåelse i aksjeselskapsretten er derfor når selskapet eller dets medkontrahent ikke forsto eller burde forstå at oppdelingen i flere avtaler var for å omgå regelen i aksjeloven.

3.4.2.2 Konkret om omgåelse av asl § 3-8

Basert på det ovennevnte vil spørsmålet om hvorvidt en oppdeling av en sammensatt avtale medfører en omgåelse av kravet til selskapets ytelse i asl § 3-8 bero på en konkret vurdering hvor man tar utgangspunkt i formålet regelen skal ivareta. Etter rettspraksis i aksjeselskapsretten samt omgåelsesregler på andre rettsområder kan følgende momenter ha betydning:

- Hvilke formål og virkninger har inndelingen i flere transaksjoner utover det å omgå regelen i asl § 3-8?
- I hvor stor grad strider denne inndelingen mot kreditors og de øvrige aksjeeiernes interesser?
- Er det noen innbyrdes sammenheng mellom transaksjonene?
- Hvor lang tid har det gått mellom transaksjonene?
- Har selskapet og dets medkontrahent bevisst ønsket å omgå asl § 3-8?
- I hvor stor grad kan partene bebreides for omgåelsen?
- Ligger summen av de forskjellige avtalenes vederlag nær opp til kravet i asl § 3-8?

3.4.3 Spørsmålet om to avtaler må vurderes samlet i vurderingen av "selskapets ytelse" utenfor omgåelsestilfellene

Utenfor omgåelsestilfellene kan det også oppstå spørsmål om hvilken avtale man skal ta stilling til når man vurderer selskapets ytelse. Spørsmålet kan for det første være aktuelt der det inngås to avtaler mellom selskap og aksjeeier som åpenbart har en tilknytning.

Eksempel på dette er der selskapet og aksjeeieren både inngår en avtale om salg av aksjeeiers virksomhet, og avtale om en franchise-rettighet. For det andre kan det være aktuelt ved avtaler mellom forskjellige rettssubjekter som har tilknytning. Selskapet inngår for eksempel en avtale med en aksjeeier om salg av aksjeeierens virksomhet, og samtidig

en avtale med et styremedlem om konsulentttjenester i denne virksomheten.

Problemstillingen blir da om ytelsene under disse skal vurderes samlet i forhold til verdsettelsen av selskapets ytelse.

Lovens ordlyd taler som sagt for at vurderingen av selskapets ytelse skal gjøres isolert for hver avtale. Dette er også i samsvar med interessene til selskapet som har behov for å inngå slike avtaler uten dokumentasjonskravene og generalforsamlingens samtykke i asl § 3-8.

På den annen side taler hensynene til selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere for at slike avtaler i noen tilfeller bør vurderes samlet under asl § 3-8. Dette gjelder spesielt i de tilfellene avtalene er gjort betinget av hverandre. Dersom selskapets oppkjøp av aksjeeiers virksomhet for eksempel er gjort avhengig av at selskapet inngår en avtale med styremedlemmet om konsulentttjenester, vil det være naturlig å behandle disse avtalene under ett. Det burde da ikke spille noen rolle for vurderingen av asl § 3-8, om selskapet inngår to atskilte avtaler, eller om det velger å regulere det sammen i en større avtale. Dette er også i samsvar med juridisk litteratur hvor det uttales at to avtaler vurderes samlet, når de er integrert på en slik måte at det er naturlig å se dem under ett.⁸⁷

På bakgrunn av reelle hensyn, kommer jeg derfor til at ordlyden i asl § 3-8 ikke alltid kan tolkes bokstavelig i disse tilfellene. Hvorvidt avtalene skal vurderes under ett, vil bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering hvor man ser på graden av tilknytning mellom avtalene. En del av momentene som kommer inn under vurderingen av omgåelse, vil også spille en rolle i denne vurderingen. For det første er avtalenes art et sentralt moment. Dersom avtalene er gjort betinget av hverandre, taler det i stor grad for at de skal vurderes samlet. For det andre er det ikke tilstrekkelig at avtalen består av forskjellige parter for at de skal vurderes hver for seg. Består avtalene av samme parter, vil det imidlertid være et moment som taler for at de skal vurderes samlet. Videre kan avtalenes tidsmessige sammenheng spille en rolle i vurderingen.

⁸⁷ Bråthen (2007)a side 13.

4 Unntaket for avtaler nevnt i asl § 3-8 første ledd nr. 4

4.1 Problemstillingen

Etter asl § 3-8 første ledd nr. 4, får ikke bestemmelsen anvendelse på ”avtaler som inngås som ledd i vanlig virksomhet, og som inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Lovgiver begrunner unntaket med at slike avtaler ikke reiser samme spørsmål som andre avtaler mellom selskap og aksjeeier.⁸⁸ Avtaler som er forretningsmessig begrunnet, medfører ikke brudd på likhetsprinsippet og er ikke til like stor skade for kreditorene. Av hensynet til selskapets interesser, slik at det kan drives på mest mulig effektiv og lønnsom måte, oppstilles det derfor ikke krav om samtykke fra generalforsamlingen for slike avtaler. Disse avtalene vil enten ligge innenfor ”forvaltningen av selskapet” etter asl § 6-12 og dermed høre under styrets kompetanse, eller innenfor ”den daglige ledelse” etter asl § 6-14, og således under daglig leders kompetanse. Unntaket i første ledd nr. 4 har på denne bakgrunn stor praktisk betydning for fastleggelsen av rekkevidden til bestemmelsen. Den utgjør i realiteten hovedregelen for avtaler mellom selskap og aksjeeier.⁸⁹

Ved svarene på Justisdepartementets høringsbrev av 26. juni 2004 om etterkontroll av aksjeloven og allmennaksjeloven ble det gitt uttrykk for usikkerhet i henhold til rekkevidden av dette unntaket.⁹⁰ Lovgiver foretok imidlertid ingen omfattende endringer av det ved endringsloven. Begrunnelsen for dette var at det er vanskelig å utforme en lovtekst som er helt presis i forhold til unntakets siktemål, at avgrensingen uansett må treffes etter

⁸⁸ NOU 1996: 3 side 50.

⁸⁹ Bråthen (2006)b side 38.

⁹⁰ Ot.prp. nr 55 (2006-2007) side 47.

konkret skjønn, og at det nærmere innholdet må fastlegges i praksis.⁹¹ Den eneste endringen lovgiver gjorde, var å forandre ordlyden fra ”forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets virksomhet” til ”avtale som inngås som ledd i selskapets virksomhet”.⁹²

Problemstillingen i det følgende blir således å fastlegge det nærmere innholdet av asl § 3-8 første ledd nr 4 på løpende og sammensatte avtaler. Dette må bero på en konkret vurdering hvor man avveier hensynene unntaksbestemmelsen skal ivareta mot hensynene som ligger bak saksbehandlingsreglene og de materielle skrankene i bestemmelsen. Kapitaldirektivets artikkel 11, og de øvrige medlemslandenes lovgivning inneholder tilsvarende krav i sine bestemmelser. Deres praksis kan således få betydning for fastleggelsen av asl § 3-8.

Etter den danske aktieselskabsloven § 6 c stk 3 er unntaket formulert som at det ikke gjelder noe krav om samtykke fra generalforsamlingen for selskapets ”sædvanlige forretningsmessige dispositioner”. Det betyr at alminnelig daglig samhandel er unntatt fra kravet om generalforsamlingsbehandling. Det foreligger få holdepunkter i dansk rettspraksis, forarbeider og litteratur om hva som ligger i kravet. Etter lovendringen av 15. desember 2006 har den norske bestemmelsen nå fått et tilsvarende innhold som kapitaldirektivets artikkel 11 og den danske bestemmelsen på dette området.

I den svenske aktiebolagslagen § 29 kreves det ikke generalforsamlingsbehandling der avtalen skjer ”som ett led i bolagets löpande affärsverksamhet”. Etter svensk litteratur og praksis må ”löpande affärsverksamhet” avgrenses mot de transaksjonene som er av usedvanlig karakter, eller som har stor betydning for selskapet.⁹³ Det betyr at jo mer sedvanlig karakter avtalen har, desto mer skal til for at det oppstilles et krav om generalforsamlingssamtykke. Videre vil avtaler med liten betydning for selskapet lettere kunne karakteriseres som ”ett led i bolagets löpande affärsverksamhet”.

⁹¹ Ot.prp. nr 55 (2006-2007) side 47.

⁹² Se nærmere pkt. 4.2 for begrunnelsen for denne endringen.

⁹³ Svernlöv (2001) side 368.

Etter asl § 3-8 første ledd nr. 4, er det to kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. For det første må avtalen inngås som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet”. For det andre må avtalen inneholde ”pris og vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Jeg vil i det følgende vurdere hva som ligger i disse to vilkårene etter norsk rett.

4.2 ”Selskapets vanlige virksomhet”

Det første av vilkårene som må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen i asl § 3-8 første ledd nr 4 skal komme til anvendelse, er at det må være en avtale som er inngått i ”selskapets vanlige virksomhet”. Etter en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd vil avtaler som gjelder selskapets kjernevirksomhet klart falle innenfor vilkåret. Eksempel på dette er skofabrikken som inngår en løpende avtale med aksjeeier om salg av sko. Videre synes det klart at avtaler som ikke er nødvendige for selskapet å inngå, faller utenfor unntaket. Et praktisk eksempel på dette er når et selskap som ikke driver virksomhet innenfor fast eiendom, kjøper en dyr leiebolig som leies ut til majoritetsaksjonæren. En slik avtale vil ha skattemessige virkninger for selskapet, og det får gjennom asl § 3-8 en hjemmel til å tre ut av avtalen i etterkant dersom generalforsamlingen ikke godkjenner den.⁹⁴ Utover disse ytterpunktene gir ikke lovens ordlyd noen sikre holdepunkter for hva som faller inn under ”selskapets vanlige virksomhet”.

I henhold til juridisk litteratur, er en avtale inngått som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet” når den fra selskapets perspektiv er forretningsmessig begrunnet, samt at den er egnet til å gi selskapet økonomisk vinning eller beskyttelse mot tap.⁹⁵ Videre må situasjonen være slik at selskapet ville ha foretatt disposisjonen uten hensynet til forholdet til aksjeeieren eller en annen av kretsen nevnt i asl § 3-8 (armlengdeprinsippet).

⁹⁴ Abrahamsen & Aase (2004) side 357.

⁹⁵ Se Bråthen (2003) side 886 og Aarbakke mfl (2004) side 206 flg.

Det er uttalt i forarbeidene at lovgiver ikke ser noen ”avgjørende innvendinger” mot å la unntaksbestemmelsen få et nokså vidt anvendelsesområde, så lenge avtalen inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler.⁹⁶ Lovgiver utdyper ikke nærmere hva de legger i dette. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene at også andre ordinære avtaler enn de som har med selskapets kjernevirksomhet å gjøre, omfattes av unntaket. Det var på denne bakgrunn at lovteksten ble endret fra ”forretningsavtaler” til ”avtaler”.⁹⁷ Når det gjaldt ulike avtaler som omfattes, og som ikke hadde med selskapets kjernevirksomhet å gjøre, viste departementet til eksemplene nevnt i høringsuttalelsen til advokatfirmaet Wikborg Rein & Co av 15. oktober 2004. I denne ble leie av kontorlokaler og regnskapstjenester brukt som eksempler.⁹⁸ Det vil si at en avtale mellom skofabrikken og en aksjeeier om leie av lagerlokaler, skal anses å være inngått som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet”, selv om dette ikke faller innenfor selskapets kjernevirksomhet.

At andre ordinære avtaler omfattes av unntaket er også i samsvar med reelle hensyn. Selskapet vil være avhengig av å inngå avtaler om støttefunksjoner for at det skal kunne tilby sine varer/tjenester på markedet. Det vil for eksempel være urimelig ovenfor selskapet, og lite effektivt og lønnsomt, dersom det må legges frem en avtale om leie av kontorlokaler for generalforsamlingen. Videre vil det andre vilkåret i unntaket som går ut på at avtalen må inneholde ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”, beskytte mot at slike avtaler krenker kreditorenes og de øvrige aksjeeiernes interesser.

Et annet spørsmål som oppstår, er om ”selskapets vanlige virksomhet” oppstiller et krav til at avtalen må dreie seg om noe som selskapet historisk sett har drevet med.

Det finnes et lignende unntak i asl § 8-7 tredje ledd nr. 1 som bestemmer at vilkårene for aksjonærlån ikke gjelder for ”kreditt med vanlig løpetid i forbindelse med forretningsavtaler”. Hvis man ser på dette unntaket i sammenheng med ”selskapets vanlige

⁹⁶ Ot.prp nr 55 (2005-2006) side 48.

⁹⁷ Ot.prp nr 55 (2005-2006) side 48.

⁹⁸ Høringsuttalelsen til Wikborg Rein & Co av 15. oktober 2004 side 6.

virksomhet”, kan det tyde på at unntaket i asl § 3-8 første ledd nr 4 er snevrere enn unntaket i § 8-7 tredje ledd nr 1, og at avtalen må være i overensstemmelse med noe selskapet har drevet med historisk sett. Det er imidlertid antatt i juridisk teori at asl § 3-8 ikke kan forstås på denne måten.⁹⁹ Dessuten antas det i dansk rett å være sammenheng mellom regelen om etterstiftelse og aksjonærlån.¹⁰⁰ I norsk rett kan det ikke være grunn til å ha strengere regler en dette, da asl § 3-8 gjelder under hele selskapets levetid. Videre vil selskapets aksjeeiere og kreditorer alltid være opptatt av å utnytte et selskaps ressurser på den måten som gir størst mulig fortjeneste. Unntaket i asl § 3-8 første ledd nr 4 oppstiller således ikke noe krav om at avtalen må være i overensstemmelse med noe selskapet har drevet med historisk sett. Skofabrikken kan for eksempel selge sitt lagerlokale til en aksjeeier, og deretter leie lokalene av aksjeeieren på langsiktige ”sale-and-leaseback” vilkår, på tross av at fabrikken aldri har drevet slik virksomhet tidligere.

Utover dette vil det bero på en subjektiv vurdering om avtalen faller innenfor ”selskapets vanlige virksomhet”. Man må vurdere spørsmålet opp mot hva som faller utenfor selskapets virksomhetsområde. Det fremkommer av asl § 2-2 nr. 3 at et av minstekravene til selskapets vedtekter er at de skal angi hva som er ”selskapets virksomhet”. Selskapets vedtektsfestede formål vil således utgjøre et godt utgangspunkt for vurderingen. Det vil imidlertid forekomme en del tilfeller hvor det vedtektsfestede formålet ikke sammenfaller med hva som er ”selskapets vanlige virksomhet”. I tilfellene hvor formålsangivelsen er generelt formulert, vil det være noen disposisjoner som dekkes av formålsangivelsen, men som vil stride mot hensynene til selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere. Disse disposisjonene vil ikke dekkes av ”selskapets vanlige virksomhet”. Når formålsangivelsen er av mer detaljert karakter, skal det derimot mer til for at en avtale innenfor formålet ikke er inngått som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet”. Det kan også tenkes tilfeller hvor avtalen er inngått som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet” selv om den faller utenfor ordlyden i formålsangivelsen. Selskapet har for eksempel som formålsangivelse å drive med import og eksport av sko. Dersom selskapet begynner å importere litteratur om sko fra

⁹⁹ Bråthen (2003) side 885-886.

¹⁰⁰ Werlauff (2001) side 79.

en aksjeeier, vil dette falle utenfor formålets ordlyd, da litteratur ikke er sko. Det er imidlertid en naturlig sammenheng mellom selskapets kjernevirksomhet og litteratur om sko. Etter en rimelighetsvurdering vil det derfor kunne konkluderes med at selskapets import av litteratur om sko er inngått som ledd i ”selskapets vanlige virksomhet”.¹⁰¹ Ved siden av selskapets vedtektsfestede formål kan andre aktuelle momenter i vurderingen være om selskapets erverv har sammenheng med de øvrige produkter eller tjenester selskapet operer med, og om andre selskaper i samme bransje har inngått tilsvarende avtaler.¹⁰²

Ved løpende og sammensatte avtaler mellom selskap og aksjeeier, kan kravet til ”selskapets vanlige virksomhet” reise særlige tolkningsspørsmål der avtalene har flere funksjoner. Skofabrikken inngår for eksempel en avtale med en aksjeeier om leie av lokaler hvor halvparten av lokalene skal benyttes til produksjon av sko, mens den andre halvparten skal benyttes til fremutleie av leiligheter. Hvorvidt slike avtaler dekkes av unntaket vil bero på en konkret vurdering hvor man ser på selskapets motiver for å inngå avtalen. Der selskapets hovedmotiv er å benytte leieobjektet til selskapets virksomhet, vil dette i stor grad tale for at avtalen dekkes av kravet til ”selskapets vanlige virksomhet”.

LA-2006-38534 (Agder lagmannsrett) gir et eksempel på en slik vurdering. Denne dommen gjaldt spørsmålet om gyldigheten av to leieavtaler mellom et golfselskap og en aksjeeiers nærstående. På bakgrunn av henholdsvis habilitetsreglene i aksjeloven, samt asl § 3-8, kom lagmannsretten til at disse avtalene var ugyldige. Ved spørsmålet om ugyldighet etter asl § 3-8, ble det drøftet om avtalen falt inn under daværende unntak om ”forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Lagmannsretten vurderte blant annet om avtalen lå innenfor rammen av golfselskapets ”vanlige virksomhet”. I denne vurderingen så lagmannsretten på hva som var golfselskapets formål. Leieavtalen falt i utgangspunktet inn under golfselskapets uttalte formål, ettersom den bidro til å heve standarden på golfbanen. Likevel kom lagmannsretten til at avtalen var ugyldig etter asl § 3-8 første ledd.

¹⁰¹ Støkkebo (2006) side 25.

¹⁰² l.c.

Golfselskapet benyttet kun en liten del av eiendommen til golfformål, og det var derfor ikke velbegrunnet å leie hele eiendommen. Sannsynligheten for å høste gevinst ved å benytte en del av eiendommen til utbyggingsformål, var også en viktig del av selskapets motiver for å erverve eiendommen. Lagmannsretten kom derfor fram til at hovedmotivet bak avtalen ikke var sannsynliggjort til å gjelde selskapets ”vanlige virksomhet”, og således måtte det oppstilles et krav om at avtalen skulle følge saksbehandlingsreglene i asl § 3-8. Denne vurderingen av hva som skal ansees som ”vanlig virksomhet”, er også aktuell etter lovendringen av 15. desember 2006, ettersom denne ikke medførte noen endringer av bestemmelsen på dette området. Det avgjørende for at avtaler med flere funksjoner skal omfattes av unntaket, beror således på hva som er selskapets hovedmotiver med avtalen.

4.3 Avtalen må inneholde ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”

Det andre vilkåret etter unntaksbestemmelsen i asl § 3-8 første ledd nr. 4, er at avtalen må inneholde ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. En naturlig språklig forståelse av vilkårets ordlyd tilsier at dersom det finnes faste normer for hva som er vanlig, må avtalen være basert på disse for å falle inn under unntaket.¹⁰³ Tas ordlyden helt på ordet, medfører dette at unntaket ikke kan påberopes der man ikke kan påvise noen klare normer for hva som er vanlige betingelser for tilsvarende avtaler. Det følger imidlertid av lovens forarbeider at unntaket også kan komme til anvendelse i disse tilfellene.¹⁰⁴

I det følgende vil jeg først redegjøre for vilkåret der det foreligger klare normer for hva som er vanlig for løpende og sammensatte avtaler. Deretter vil jeg se på innholdet av kravet hvor det ikke foreligger slike normer.

¹⁰³ Tilsvarende Andenæs (2006) side 431.

¹⁰⁴ NOU 1992:29 side 81 og Ot.prp nr 4 (1995-1996) side 24.

4.3.1 Kravet til "pris og andre vilkår" der det foreligger klare normer for hva som er vanlig for løpende og sammensatte avtaler

Etter bestemmelsens forarbeider må avtalevilkårene være utformet i samsvar med eventuelle eksterne normer for fastsettelse av avtalevilkår på vedkommende område. Dette innebærer at der det foreligger kutyme for hvilke betingelser som gjelder for tilsvarende avtaler inngått under tilsvarende omstendigheter, må avtalen være inngått på disse betingelsene for at behandling i generalforsamlingen ikke skal være påkrevd.¹⁰⁵ Avtalen må altså være inngått i henhold til hva som er alminnelig praksis i tilsvarende handelsforhold.

På en del områder vil det være enkelt å vurdere slike bransjenormer. Det finnes standardavtaler i en rekke bransjer som har kommet til uttrykk gjennom forhandlinger mellom representanter på begge sider. For eksempel finnes det normer for standard leiekontrakt for forretningseiendommer. Forarbeidene bruker som andre eksempler en arbeidsavtale som er inngått på vilkår fastsatt i tariffavtale,¹⁰⁶ eller en avtale med en advokat som også er aksjeeier hvor advokatens honorar ligger innenfor det som er markedspris for advokattjenester.¹⁰⁷

I følge Aarbakke kan praksis vedrørende skatteloven¹⁰⁸ § 13-1 ha interesse ved fastleggelsen av hva som faller inn under kravet til "pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler".¹⁰⁹ Sktl § 13-1 gjelder skjønnsfastsettelse av skatteyters formue eller inntekt der dette er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefelleskap med annen person, selskap eller innretning. Dette er en bestemmelse som gir ligningsmyndigheten hjemmel for å gripe inn mot internprising som avviker fra markedsvilkår. Det foreligger imidlertid ingen holdepunkter for Aarbakkes syn i lovens forarbeider, eller i praksis. I tillegg gjør skatterettslige hensyn seg gjeldende som ikke vil være av relevans i denne

¹⁰⁵ Abrahamsen og Aase (2004) side 355.

¹⁰⁶ NOU 1992:29 side 81.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) side 134.

¹⁰⁸ Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14, "sktl".

¹⁰⁹ Aarbakke mfl (2004) side 206.

sammenhengen, herunder legalitetsprinsippet. Det fremkommer av skattelovens forarbeider at bestemmelsens formål er ”å motvirke omgåelser av skattelovgivningen, først og fremst ved at inntekts eller formuesposter søkes overført fra en skatteyter til en annen ved skjev prissetting”.¹¹⁰ Bestemmelsen er utformet for å avdekke det korrekte skattesubjektet, og ikke med sikte på vernet av kreditorene og minoritetsaksjeeierne som asl § 3-8 bygger på.

Det må derfor anses som ganske usikkert hvorvidt praksis vedrørende sktl § 13-1 har interesse i forhold til asl § 3-8 første ledd nr 4. Vurderingskriteriene som foreligger i sktl § 13-1, er imidlertid temmelig like kriteriene som følger av asl § 3-8 første ledd nr 4. Det fremkommer blant annet av sktl § 13-1 tredje ledd at ”formue og inntekt skal fastsettes som om interessefelleskap ikke hadde foreligget”. Det betyr at man sammenligner med en tenkt tilsvarende transaksjon foretatt mellom uavhengige parter (armlengdesprinsippet). Dette er den samme vurderingen som gjøres i kravet til ”pris og andre vilkår” i asl § 3-8 første ledd nr 4. Videre taler gode grunner for at avtalene som rammes av skatteloven, også bør rammes av aksjeloven. Etter mitt skjønn kan derfor praksis i henhold til sktl § 13-1 få en viss betydning for vurderingen. Det skal bemerkes at disse bestemmelsene ikke alltid vil lede til det samme resultatet.

OECD har fastsatt retningslinjer i henhold til denne form for skjønnsfastsettelse i ”transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations”. Etter Rt 2001 side 1265 gir disse retningslinjene et presist uttrykk for innholdet av sktl § 13-1.

Der det foreligger et avvik fra hva som er vanlig pris og vilkår i asl § 3-8 første ledd nr. 4, oppstår det et spørsmål om hvor stort avviket må være for at avtalen ikke dekkes av unntaksbestemmelsen. Etter lovens ordlyd oppstilles det ikke krav om at avviket må være av vesentlig art. Juridisk litteratur har uttalt at avtalen vil falle utenfor unntaket der man kommer til at prisen og de øvrige vilkårene etter en helhetsvurdering ikke kan karakteriseres som vanlige.¹¹¹ Dette kan tyde på at alle avvik medfører at unntaket ikke

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) side 75.

¹¹¹ Abrahamsen og Aase (2004) side 356.

kommer til anvendelse. Reelle hensyn taler imidlertid for at bagatellmessige avvik ikke bør føre til at avtalen faller utenfor unntaket. Det vil stride mot hensynet til at selskapet drives på mest mulig effektiv og lønnsom måte, dersom det stilles et krav om at avtalen må være helt identisk med normene i bransjen. Videre kan heller ikke loven tas på ordet hvis selskapets avtale er mer gunstig for selskapet enn det som er vanlig i bransjen. Slike avtaler vil ikke stride mot bestemmelsens formål.¹¹² Ettersom lovgiver ikke har tatt et klart standpunkt til dette spørsmålet, må det på bakgrunn av ovenstående, være et avvik av en viss art i negativ retning for at avtalen skal falle utenfor unntaket.

4.3.2 Kravet til "pris og andre vilkår" der det ikke foreligger normer for hva som er vanlig ved løpende og sammensatte avtaler

Selv om ordlyden i asl § 3-8 første ledd nr. 4 kan tale for at unntaket ikke kommer til anvendelse der man ikke kan sammenligne med avtaler på armlengdes avstand, fremkommer det av lovens forarbeider at også slike avtaler omfattes. Det ble uttalt i forarbeidene til tilsvarende bestemmelse i aksjeloven av 1976 at når avtalen ikke kan vurderes ut fra objektive kriterier, må det foretas en "helhetsvurdering av om avtalen fremtrer som forretningsmessig begrunnet".¹¹³ Forarbeidene til endringsloven av 15. desember 2006 sluttet seg til dette synspunktet.¹¹⁴

I helhetsvurderingen av om avtalen fremstår som "forretningsmessig begrunnet" vil det på bakgrunn av regelens formål være en rekke momenter som kan være aktuelle.

For det første må avtalen fremstå som lojal ovenfor selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere.¹¹⁵ Det betyr at selskapet ikke ensidig kan hevde sine egne interesser, men at det også må ivareta interessene til kreditorene og aksjeeierne.

¹¹² Se Bråthen (2003) side 886.

¹¹³ NOU 1992:29 side 81 og Ot.prp nr 4 (1995-1996) side 24.

¹¹⁴ Ot.prp nr. 55 (2005-2006) side 48.

¹¹⁵ Abrahamsen og Aase (2004) side 356.

For det andre må avtalen fremstå som balansert og være i samsvar med alminnelige forretningsmessige prinsipper.¹¹⁶ LA 2006-38534 (Agder lagmannsrett) gir eksempel på denne vurderingen. Som nevnt i pkt. 4.3 ovenfor gjaldt denne dommen gyldigheten av to leieavtaler. Disse avtalene var begge uoppsigelige for selskapet, og kontraktsperioden var på henholdsvis 10 og 80 år. Etter lagmannsrettens syn ga dette klart uttrykk for manglende armlengde. Avtalen var ubalansert da den ga den andre avtaleparten større rettigheter, og innebar fare for overføring til denne. Videre var den heller ikke forretningsmessig velbegrunnet, da selskapet bare brukte en liten del av eiendommen det leide. Dommen viser altså at relevante momenter i vurderingen er å se på avtalemotpartens rettigheter i forhold til selskapets, og selskapets benyttelse av avtaleobjektet.

For det tredje kan også prosedyren ved avtaleinngåelsen spille en rolle for vurderingen. Har selskapet for eksempel innhentet tre tilbud om konsulenttenester hvor aksjeeierens tilbud var det gunstigste, tyder dette på at avtalen er forretningsmessig begrunnet.

Til slutt kan også den økonomiske fordel som avtalen utgjør for selskapet, være et relevant moment i vurderingen. Jo større økonomisk fordel disposisjonen har for selskapet, desto større grunn er det til å anta at avtalen faller inn under unntaket.¹¹⁷ Leier selskapet for eksempel lokaler med sentral beliggenhet, kan dette forsvare en høyere pris i forhold til unntaket.

Som nevnt ovenfor, kan sktl § 13-1 få betydning i vurderingen av hva som ligger i kravet til ”pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Praksis rundt denne bestemmelsen har oppstilt ulike innfallsvinkler, for å finne ut hva som er vanlig pris for avtalen.¹¹⁸ I sammensatte avtaler hvor selskapet erverver eiendeler fra aksjeeieren, kan man fastlegge prisen ut fra selskapets videresalgspris og trekke fra dennes avanse. Vurderingstemaet er

¹¹⁶ l.c.

¹¹⁷ Bråthen (2003) side 886.

¹¹⁸ Zimmer (2005) side 376.

altså hva selskapet hadde mottatt i fortjeneste dersom det hadde solgt ytelsen det hadde kjøpt fra aksjeeieren. Når selskapet selger eiendeler til aksjeeieren, kan prisen fastlegges ut fra selskapets kostpris i forhold til aksjeeierens avanse. Avgjørende blir således hva avtalen kostet selskapet i forhold til den avanse som aksjeeieren får ved et videresalg.

5 Rettsvirkninger ved brudd på bestemmelsen i asl § 3-8 ved løpende og sammensatte avtaler

5.1 Problemstillingen

I henhold til asl § 3-8 medfører manglende godkjenning av generalforsamlingen at avtalen ikke er ”bindende for selskapet”. Videre foreligger det en restitusjonsplikt etter bestemmelsens tredje ledd. Basert på dette er den aktuelle rettsvirkningen således ugyldighet. Avtalerettslig defineres ugyldighet som at avtalen ikke får rettsvirkninger etter sitt innhold.¹¹⁹ Det betyr at selskapet kan unnlate å prestere sin ytelse uten å bli møtt av misligholdsbeføyelser fra motparten. Etter utformingen og forarbeidene til asl § 3-8, er det kun manglende godkjennelse fra generalforsamlingen som fører til ugyldighet.¹²⁰ Feil i styrets redegjørelse eller manglende melding til foretaksregisteret medfører således ikke at avtalen er ugyldig. Det kan imidlertid lede til andre rettsvirkninger som for eksempel erstatningsansvar for styret. At rettsvirkningen av manglende generalforsamlingssamtykke er ugyldighet gjenfinnes ikke i kapitaldirektivets artikkel 11. Konsekvensene ved brudd på bestemmelsen er altså større i norsk rett enn det som var nødvendig etter EØS avtalen på dette området.¹²¹ Det fremgår av juridisk teori at det er selskapets styre, aksjeeiere og kreditorer som har adgang til å påberope seg ugyldighet etter bestemmelsen.¹²² Selskapets medkontrahent kan ikke hevde at avtalen er ugyldig fordi asl § 3-8 er overtrådt.

Ugyldighet som rettsvirkning reiser en del spørsmål ved løpende og sammensatte avtaler. For det første oppstår det spørsmål om rekkevidden. Problemstillingen er her om ugyldighet som rettsvirkning gjelder ubetinget når det foreligger manglende generalforsamlingssamtykke, eller om det kan tenkes tilfeller hvor det må lempes på dette.

¹¹⁹ Woxholth (2006) side 283.

¹²⁰ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) side 48.

¹²¹ Se side 8 ovenfor. I Svensk rett leder ikke brudd på bestemmelsen til ugyldighet. I Dansk rett er løsningen noe mer usikker.

¹²² Bråthen (2003) side 892.

Videre reiser ugyldighet spørsmål om forholdet mellom asl § 3-8, og de alminnelige obligasjonsrettslige reglene om godkjennelse, passivitet og foreldelse.

5.2 Rekkevidden til ugyldighet som rettsvirkning etter asl § 3-8

Det fremgår av ordlyden i asl § 3-8 at avtalen blir ugyldig i alle tilfeller hvor det ikke foreligger samtykke fra generalforsamlingen. Loven oppstiller ingen tilleggskrav i bestemmelsen om at rettsvirkningen ikke må lede til urimelige resultater, at selskapets medkontrahent må være i ond tro, eller lignende.

Forarbeidene til asl § 3-8 begrunner dette nærmere. Det er her uttalt at ugyldighet som rettsvirkning er i samsvar med det prinsipp som gjelder ellers i aksjeloven ved overtredelse av ufravikelige regler om funksjonsfordelingen mellom selskapsorganene.¹²³ Videre følger at det også skal tas i betraktning at motparten er en person som har nær tilknytning til selskapet, og at det er vanskelig å tenke seg at en slik motpart med rimelighet skulle kunne påberope seg villfarelse med hensyn til de faktiske forhold som medførte ugyldighet. I henhold til lovens ordlyd og forarbeider foreligger det altså ugyldighet dersom avtalen er inngått uten nødvendig generalforsamlingssamtykke etter asl § 3-8.

Reelle hensyn taler derimot for at ugyldighet ikke skal gjelde ubetinget ved manglende generalforsamlingssamtykke. Hensynet til selskapets medkontrahent (aksjeeieren) taler i stor grad for at man ikke kan statuere ugyldighet der det leder til urimelige resultater for ham. Dette gjelder særlig ved transaksjoner som for øvrig er fullt legitime. Ordlyden i asl § 3-8 åpner for misbruk fra selskapet eller aksjeeierflertallet i disse tilfellene. Selskapet kan først inngå avtalen uten å følge reglene i asl § 3-8, og deretter påberope seg ugyldighet senere dersom det viser seg at avtalen blir ugunstig. Ugyldighet som rettsvirkning vil da bidra til en forrykking av balansen i avtaleforholdet. Det kan også svekke minoritetsvernet når medkontrahenten er en aksjeeier uten flertall i generalforsamlingen.

¹²³ Ot.prp nr 55 (2005-2006) side 48.

Forarbeidenes uttalelse om at det er vanskelig å tenke seg at motparten er i villfarelse med hensyn til de faktiske forholdene på grunn av den nære tilknytningen til selskapet, medfører heller ikke riktighet i alle tilfeller. For det første vil det ofte ikke være så nær tilknytning mellom selskapet og aksjeeieren i aksjeselskaper med mange aksjeeiere. Dessuten gjelder bestemmelsen også for nærstående (jf. fjerde ledd), som ofte ikke har nær tilknytning til selskapet. Det kan derfor tenkes tilfeller hvor medkontrahenten er i god tro med hensyn til de faktiske forholdene som gjorde disposisjonen ugyldig. For eksempel trodde medkontrahenten at avtalen lå innenfor ”selskapets vanlige virksomhet”, ettersom den var i overensstemmelse med det vedtektsfestede formålet. Ugyldighet vil her virke svært urimelig ovenfor medkontrahenten.

Som nevnt i pkt. 1.3.3 ovenfor, leder ikke brudd på bestemmelsen til ugyldighet i svensk rett. Dette er for det første begrunnet i at ugyldighetssanksjonen kan være for inngripende. I stedet vil det være tilstrekkelig med erstatningsansvar ved overtredelse av regelen.¹²⁴

Videre har svensk litteratur kritisert ugyldighet som rettsvirkning på grunn av hensynene til tredjemenn som berøres av avtaleforholdet. Dette er parter som erverver ytelsen videre fra selskapets medkontrahent, eller som har en annen tilknytning til avtalen.¹²⁵ Eksempel på en part med annen tilknytning til avtalen, vil være en bank som har lånt selskapet penger mot sikkerhet i eiendeler selskapet ervervet ved avtalen med aksjeeieren. Ugyldighet kan virke urimelig ovenfor disse tredjemennene. Den nevnte bankens sikkerhet vil for eksempel reduseres ved restitusjon av avtalen mellom selskapet og aksjeeieren. Svensk lovgiver har sluttet seg til denne kritikken.¹²⁶ Kritikken i svensk rett er også berettiget for den norske bestemmelsens vedkommende, noe som taler for at rettsvirkningen ikke bør være ugyldighet der dette er særlig inngripende. Videre må hensynene til tredjemenn tillegges enda større vekt i norsk rett enn i svensk rett, ettersom bestemmelsen gjelder under hele selskapets levetid i Norge.

¹²⁴ Prop. 2004/05:85.

¹²⁵ Svernlöv (2001) side 375.

¹²⁶ Prop. 2004/05:85 side 246.

Ugyldighet kan også være en upraktisk sanksjon ved brudd på bestemmelsen. Etter asl § 3-8 tredje ledd er utgangspunktet at ytelsene skal tilbakeføres når avtalen ikke er bindende for selskapet. Hvis dette ikke er mulig, er det sikker rett at restitusjonsplikten endres til en verdierstatningsplikt. Restitusjonsoppgjøret kan reise problemer når aksjeeierens ytelse er en tjeneste. Slike ytelser vil ofte være forbrukt på tidspunktet det statueres ugyldighet, og restitusjonen må derfor skje i form av et pengekrav. For å vurdere selskapets ytelse opp mot motytelsen, må hva som er verdien på aksjeeierens tjeneste tas i betraktning. Det vil ofte være vanskelig å bevise at denne ytelsen er kjøpt til annet enn markedspris, og resultatet vil da være at verdien på ytelsene anses som likeverdige og restitusjonen bortfaller ved en slags motregning. Ugyldighet etter asl § 3-8 får dermed ingen økonomisk virkning. Det vil derfor være mer praktisk med andre sanksjoner mot disse disposisjonene, som for eksempel erstatningsansvar for styret.¹²⁷

Videre foreligger det rettspraksis på tilgrensende områder i aksjeloven hvor Høyesterett har fastslått at overtredelse av en bestemmelse hvor rettsvirkningen er ugyldighet bare medfører at selskapets disposisjon blir delvis uforbindende. Avtalen blir således revidert. Rt. 1995 side 1026 "Sandakergården" gir et eksempel på dette. Denne dommen gjaldt spørsmålet om gyldigheten av en leiekontrakt til butikklokaler. Det aktuelle rettslige grunnlaget var aksjeloven av 1976 §§ 8-14 og 8-15, hvor vurderingstemaet var hvorvidt det forelå myndighetsmisbruk og hva som var virkningen av dette. I denne saken hadde det blitt truffet disposisjoner innenfor familieeide foretagender som blant annet angikk familiens forretningsgård og en forretning tilhørende familien i samme gård. Det oppsto tvist om leiekontrakten som var inngått mellom gården og forretningen. Høyesterett kom til at det forelå myndighetsmisbruk etter aksjeloven av § 1976 § 8-14. Kravet i aksjeloven av 1976 § 8-15 om at myndighetsmisbruk medfører at "disposisjonen ikke er bindende for selskapet" ble imidlertid tolket dit hen at det også gir adgang til revisjon av avtalen. Leiekontrakten som gikk over 99 år ble ikke kjent ugyldig, men redusert til 25 år, for å unngå at leietakeren fikk urimelig fordel på bekostning av selskapet. Høyesterett begrunnet

¹²⁷ Dette synspunktet ble også påpekt av advokatfirmaene Grette og Wiersholm Mellbye & Bech i høringsuttalelsene til lovendringen.

denne løsningen i at total tilsidesettelse av avtalen ville medføre en urimelig løsning for leietakeren. Videre harmoniserte total ugyldighet dårlig med avtaleloven § 36. Urimeligheten skyldes også bare et enkelt forhold (lengden på leiekontrakten).

Sandakergården gjelder som nevnt overtredelse av en annen bestemmelse i aksjelovgivningen. Dommen burde likevel tillegges en viss betydning ved tolkningen av asl § 3-8. Dette begrunnes i at den relevante bestemmelsens ordlyd i aksjeloven av 1976 er delvis tilsvarende som i asl § 3-8, samt at hensynene til medkontrahentens interesser i begge tilfellene kan gjøre seg gjeldende. Således kan avgjørelsen tas til inntekt for at avtaler som i utgangspunktet er ugyldige på grunn av manglende samtykke fra generalforsamlingen, heller bør revideres der ugyldighet medfører en urimelig løsning for medkontrahenten.

På bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeider er det klare utgangspunktet etter foreliggende rettskilder at ugyldighet skal statueres dersom avtalen er inngått uten nødvendig generalforsamlingssamtykke. Derimot er det min oppfatning at et slikt utgangspunkt bør nyanseres betraktelig. Forankret i reelle hensyn og komparativ rettspraksis, kan det således anføres at asl § 3-8 ikke ubetinget bør føre til total ugyldighet ved manglende generalforsamlingssamtykke. I avtaleforhold hvor ugyldigheten vil medføre en klart urimelig løsning for selskapets medkontrahent må rettsvirkningen i stedet bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. Sentralt vil her være en avveining av hensynene som ugyldighetssanksjonen er ment å ivareta opp mot øvrige foreliggende hensyn i det konkrete tilfellet, herunder særlig hvilken innvirkning ugyldighet vil ha for medkontrahentens interesser.

Som et fornuftig alternativ til å konstatere total ugyldighet kan det i stedet tenkes at avtalen revideres. Videre kan den som inngår avtalen på vegne av selskapet rammes av andre sanksjoner, for eksempel kan styret bli holdt ansvarlig etter reglene om styreansvar.

5.3 Forholdet mellom asl § 3-8 og regler om passivitet, godkjenning og foreldelse

5.3.1 Problemstillingen

Asl § 3-8 inneholder ingen tidsmessig avskjæring av selskapets adgang til å gjøre gjeldende at avtalen ikke er bindende. Restitusjonsoppgjøret kan derfor i utgangspunktet kreves flere år etter at avtalen er inngått og gjennomført. Dette kan fremstå som sterkt urimelig for selskapets medkontrahent. En viktig problemstilling i forhold til spørsmålet om hvor langt ugyldighetssanksjonen i asl § 3-8 rekker, er derfor i hvilken utstrekning de alminnelige obligasjonsrettslige reglene om passivitet, godkjenning og foreldelse medfører at selskapet likevel er bundet.

5.3.2 Passivitet

Asl § 3-8 inneholder som nevnt ingen tidsbegrensninger. Problemstillingen i det følgende blir om det er mulig å legge til grunn passivitetsvirkninger i forhold til innsigelser som blir fremsatt i lang tid etter at avtalen er oppfylt. Det obligasjonsrettslige utgangspunktet er at det ikke kan oppstå løftevirkninger av ren passivitet. Passivitet kan imidlertid føre til at man blir avtalebundet der det foreligger bestemte situasjoner som har gitt vedkommende oppfordring til å ta forbehold der han ikke vil bli forpliktet.¹²⁸ Følgelig blir spørsmålet om det kan foreligge sterke nok grunner som tilsier at selskapet ikke kan påberope seg asl § 3-8 på grunn av passivitet.

I Rt. 2003 side 1501 ble det lagt til grunn passivitetsbetraktninger i selskapsforhold. Spørsmålet i saken var om et selskap kunne kreve tilbakebetaling av utdelt utbytte på grunn av saksbehandlingsfeil i generalforsamlingen. Høyesterett kom til at det forelå saksbehandlingsfeil etter aksjeloven av 1976 § 12-8 første ledd, men på grunn av sakens særegenheter ble tilbakebetalingskravet likevel ikke tatt til følge. Det spesielle var først og fremst at det gikk lang tid før selskapet krevde tilbakeføring. Generalforsamlingen som

¹²⁸ Hagstrøm (2004) side 85.

besluttet utdelingen av utbyttet ble avholdt 18. februar 1998, mens kravet om tilbakebetaling ble reist 2. september 1998. Videre hadde selskapet også vært klar over saksbehandlingsfeilene på et tidligere tidspunkt. Dommen er temmelig konkret begrunnet, og det er vanskelig å trekke noen generelle slutninger ut av den. Likevel viser den at passivitetsbetraktninger kan få betydning i selskapsforhold. I de tilfellene det går flere måneder etter at avtalen ble signert av selskapet, og den som inngikk avtalen på vegne av selskapet kjente til at avtalen var inngått i strid med kravene i asl § 3-8, kan således påberopelse av bestemmelsen bortfalle på grunn av passivitet.

I LB 2003-309811 (Borgarting lagmannsrett) ble den kjærende parts anførsel om ugyldighet etter asl § 3-8 avvist på grunn av passivitetsbetraktninger. Retten kom til at parten burde ha protestert tidligere hvis han mente avtalen var ugyldig. Avtalen var i denne saken inngått 5. oktober 2001, og parten protesterte over gyldigheten den 12. mai 2003.

På bakgrunn av høyesterettspraksis og den nevnte kjennelsen i Borgarting lagmannsrett, må således løsningen bli at selskapet kan bli bundet ved passivitet selv om saksbehandlingsreglene i asl § 3-8 ikke er fulgt. Det skal imidlertid presiseres at dette bare gjelder når selskapet påberoper seg bestemmelsen. Hvis en aksjeeier eller kreditor anlegger sak om avtalens gyldighet etter asl § 3-8, kan de ikke møtes med innsigelser om at selskapet kjente til avtalens enkeltheter, så lenge de ikke hadde samme informasjon. Bestemmelsens formål tilsier da at avtalen må ha fulgt saksbehandlingsreglene i asl § 3-8, for at denne skal være bindende for selskapet.¹²⁹

5.3.3 Godkjennelse

En annen relevant problemstilling vedrørende ugyldighet på grunn av manglende generalforsamlingsbehandling, oppstår når mer enn 50 % av aksjeeierne kjente til avtalen fra og med inngåelsestidspunktet og har samtykket til den utenom

¹²⁹ Abrahamsen og Aase (2004) side 356.

generalforsamlingsbehandling. Dette er praktisk i mindre selskaper hvor aksjeeierne ofte er involvert i selskapets drift. Selskapets styreformann eier for eksempel 60 % av aksjene i selskapet. Spørsmålet blir da om de øvrige aksjeeierne eller kreditorene kan kreve avtalen ugyldig under henvisning til at saksbehandlingsreglene i asl § 3-8 ikke er fulgt, eller om selskapet vil bli bundet på grunn av at aksjeeierflertallet har godkjent avtaleinngåelsen.

Et moment som taler mot at mindretallet av selskapets aksjeeiere kan påberope seg bestemmelsen, er at flertallet har det avgjørende ord på generalforsamlingen, og at resultatet ikke ville blitt annerledes hvis selskapet hadde fulgt regelen i asl § 3-8. Det ble også uttalt av Høyesterett i Rt. 2003 side 1501 at samtykke kan medføre at en saksbehandlingsfeil ikke skal tillegges virkning. Uttalelsen kan imidlertid ikke tillegges alt for stor vekt, fordi den var generelt angitt, og ikke hadde betydning for resultatet i saken. Videre ble den heller ikke begrunnet av Høyesterett. Etter min oppfatning kan likevel standpunktet ha betydning der samtlige aksjeeiere og kreditorer kjente til avtalen. Lovbestemmelsens formål kommer da ikke til anvendelse. Samtykket kan også ses på som avtalebestemt plikt for aksjeeierne til å stemme for avtalen ved etterfølgende generalforsamling.

På den annen side er det en viktig minoritetsrettighet å ytre sin mening på generalforsamlingen, og således kunne diskutere innholdet i avtalen. Kravene til styrets redegjørelse i asl § 3-8 annet ledd skal sikre at aksjeeierne blir ordentlig informert om avtalens innhold og virkninger. Videre skal asl § 3-8 bidra til å sikre vernet av selskapets kreditorer. Dersom kreditor for eksempel påberoper seg bestemmelsen ved en konkursbehandling, vil det være urimelig ovenfor dem å avskjære påberopelse av bestemmelsen fordi selskapets aksjeeiere har samtykket i avtalen, og at den derfor ikke er ugyldig etter asl § 3-8.

Etter mitt skjønn må således løsningen bero på om den som påberoper seg asl § 3-8 kjente til avtalen på inngåelsestidspunktet. Dersom samtlige av selskapets aksjeeiere hadde kjennskap til avtalen og samtykket til inngåelsen, er det gode grunner som taler for at

manglende generalforsamlingsbehandling ikke medfører ugyldighet. Det bør imidlertid gjøres unntak fra dette utgangspunktet dersom ugyldighet påberopes av en kreditor, som var ukjent med avtalens inngåelse.

5.3.4 Foreldelse

I henhold til foreldelsesloven¹³⁰ vil krav selskapet har mot en aksjeeier vedrørende ”fordringer på penger eller andre ytelser” foreldes dersom ikke kravet gjøres gjeldende innen en viss tid, jf. fl § 1. Som nevnt ovenfor i pkt 5.3.1 inneholder ikke asl § 3-8 noen særskilte tidsbegrensinger. Problemstillingen blir derfor når selskapets krav etter asl § 3-8 foreldes.

Hovedregelen er at krav mot aksjeeieren vil foreldes i henhold til den alminnelige foreldelsesfristen på tre år, jf. fl § 2. Etter fl § 3 begynner foreldelsesfristen å løpe fra tidspunktet ”fordringshaver tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse”. I forhold til asl § 3-8 kan det være tre aktuelle tidspunkter for når fristen begynner å løpe. Dette er ved avtaleinngåelse, når selskapet presterer sin yttelse, eller på tidspunktet for generalforsamling. Hvilket tidspunkt som legges til grunn, vil bero på en objektiv vurdering hvor det avgjørende vil være de alminnelige reglene om tidspunkt for oppfyllelse.¹³¹

Det følger av ordlyden til asl § 3-8 at avtale mellom selskap og aksjeeier ikke vil være gyldig før godkjenning av generalforsamlingen foreligger. Det betyr at bestemmelsen i utgangspunktet ikke har noen bindende virkning før generalforsamlingen har truffet sin beslutning. Selskapet vil altså ha et ugyldighetskrav mot medkontrahenten allerede ved avtaleinngåelsestidspunktet dersom det ikke er innhentet samtykke fra generalforsamlingen. Før selskapet har levert sin yttelse til medkontrahenten vil selskapet imidlertid ikke ha noen krav mot vedkommende, og det er først ved overlevering at det

¹³⁰ Lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1979 nr. 18 ”Fl”.

¹³¹ Hagstrøm (2004) side 744.

oppstår et restitusjonskrav. Dette taler for at foreldelsesfristen begynner å løpe ved tidspunktet når selskapet presterer sin ytelse.

Ved selskapets krav etter asl § 3-7 (ulovlig utdeling) er det sikker rett for at fristen begynner å løpe fra den dag selskapet har krav på å få oppfyllelse. Ved ulovlig utdeling vil det si fra den dagen som utdelingen fant sted.¹³² Det er altså irrelevant når selskapet blir enig med aksjeeieren om utdelingen, eller på hvilket tidspunkt det avholdes generalforsamling. Tilsvarende tidspunkt gjelder ved krav mot medvirkeren etter asl § 3-7 annet ledd.¹³³ Disse reglene ivaretar samme hensyn som asl § 3-8. Videre følger det av asl § 3-8 tredje ledd, at asl § 3-7 annet ledd får tilsvarende anvendelse ved transaksjoner mellom selskap og aksjeeier. Dette taler derfor også for at foreldelsesfristen regnes fra tidspunktet for overlevering.

På bakgrunn av dette må det derfor være overleveringen av selskapets ytelse som er det relevante tidspunktet for når foreldelsesfristen begynner å løpe. Dette er også i overensstemmelse med hensynet til selskapets medkontrahent. Vedkommende kan ha innrettet seg etter at avtalen ble gyldig, og det vil da være urimelig å regne fristen fra en generalforsamlingsbehandling som ble foretatt i lang tid etter avtaleinngåelsen.

Konklusjonen blir derved at selskapets krav etter asl § 3-8 foreldes tre år etter selskapet presterer sin ytelse til aksjeeieren. Når selskapets ytelse er delt opp i avdrag, vil tidspunktet regnes fra overføringen av det første avdraget. Dersom selskapet for eksempel leier en eiendom av en aksjeeier som skal betales med månedlige avdrag, regnes foreldelsesfristen fra innbetalingen av det første avdraget.

¹³² Se Rt. 1998 s. 1042 og Andenæs (2006) side 456.

¹³³ Andenæs (2006) side 456.

6 Registre

6.1 Litteraturliste

- Aarbakke mfl (2003) Aarbakke, Magnus; Aarbakke, Asle; Knudsen, Gudmund; Ofstad, Tone og Skåre, Jan: *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*. 2. utgave. Oslo, 2004.
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads Henry: *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*. 2. utgave. Oslo 2006.
- Abrahamsen og Aase (2004) Abrahamsen, Thomas; Aase, Sindre: *Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær*. Tidsskrift for Foretningsjus nr.3 2004 side 341-373.
- Aagard (1997) Aagard, Jess: *Aktionærleveranser iht. aktieselskapslovens § 6c*. Ugeskrift for Retsvæsen 1997B side 18-20.
- Banoun (2002) Banoun, Bettina: *Omgåelse av skattereglene, en studie av Høyesterettspraksis*. 1. utgave. Oslo 2002.
- Birkeland (2005) Birkeland, Kari: *EU Kommisjonens forslag til forenkling av annet selskapsdirektiv*. Tidsskrift for Foretningsjus nr. 4 2005 side 517-557

Bråthen (2007)a	Bråthen, Tore: <i>Selskapers avtaler med sine aksjonærer eller medlemmer av ledelsen</i> . Upublisert artikkel. Utkast av 15. oktober 2007.
Bråthen (2007)b	Bråthen, Tore. <i>Kommentar til aksjeloven</i> : Norsk lovkommentar (online), note 310-333b.
Bråthen (2006)a	Bråthen, Tore: <i>Selskapsrett</i> . 2. utgave. Oslo 2006.
Bråthen (2006)b	Bråthen, Tore: <i>Etterkontrollen av de norske aksjelovene</i> . Nordisk tidsskrift for selskapsrett nr. 2 2006 side 32-46.
Bråthen (2004)	Bråthen, Tore: <i>Styremedlem og aksjonær</i> . 1. utgave. Sandvika 2004.
Bråthen (2003)	Bråthen, Tore: <i>Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett</i> . Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. 1 utgave. Århus og Ålborg 2003 side 875-893.
Hagstrøm (2004)	Hagstrøm, Viggo: <i>Obligasjonsrett</i> . 3 opplag. Oslo 2004.
Krüger Andersen (2006)	Krüger Andersen, Paul: <i>Aktie-og anpartsselskapsret</i> . 9 utgave. Århus 2006.
Matre (2007)	Matre, Hugo P: <i>Kommentar til aksjeloven</i> : Norsk lovkommentar (online), note 1763.

Perland (2004)	Perland, Olav: <i>Kapitalbeskyttelse for enhver pris?</i> Tidsskrift for forretningsjus nr. 4 2004 side 526-580.
Schans Christensen (2003)	Schans Christensen, Jan: <i>Kapitalselskaber aktie- og anpartsselskabsret. 1 utgave. Hellerup 2003.</i>
Støkkebo (2006)	Støkkebo, Tony: <i>Transaksjoner mellom selskap og aksjeeiere.</i> Upublisert studentavhandling. Oslo 2006.
Sundby (2005)	Sundby, Anne Cathrine: <i>Det nye selskapsrettslige landskap.</i> Lov og rett nr. 7-8 2005 side 387-422
Svernlöv (2001)	Svernlöv, Carl: <i>Uppskjuten apport – om 2:9 a aktiebloagslagen.</i> Juridisk tidskrift (Sverige) nr. 2 2001 side 356-377.
Werlauff (2001)	Werlauff, Erik; <i>Werlauff's kommenterende Aktieselskabslov. 2. utgave. Aalborg 2001.</i>
Woxholth (2006)	Woxholth, Geir: <i>Avtalerett. 6. utgave. Oslo 2006.</i>
Woxholth (2004)	Woxholth, Geir: <i>Selskapsrett. 1. utgave. Fjällbacka 2004.</i>
Zimmer (2005)	Zimmer, Frederik: <i>Lærebok i skatterett, 5. utgave. Oslo 2005.</i>

6.2 Lover

Lov om aksjeselskaper av 6. juli 1957 nr. 4 (opphevd).

Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr. 59 (opphevd).

Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18. mai 1979 nr. 18.

Lov om registrering av foretak av 21. juni 1985 nr. 78 ”fregl”.

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr 45, ”asl”.

Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45, ”asal”.

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14, ”sktl”.

Svensk lovgivning: Aktiebolagslag (2005:551).

Dansk lovgivning: Lov om aktieselskaber af 8. oktober 2004 nr 1001.

6.3 Forarbeider

NOU 1992: 29. *Lov om aksjeselskaper.*

NOU 1996: 3. *Ny aksjelovgivning.*

Ot.prp.nr. 36 (1993-1994). *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven).*

Ot.prp.nr.4 (1995-1996). *Om lov om endringer i lov 4. juni 1976 nr 59 om aksjeselskaper m. v. (EØS-tilpasning)*

Ot.prp.nr 23 (1996-1997). *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)*

Ot.prp.nr.4 (1997-1998). *Ny skattelov*

Ot.prp.nr. 55 (2005-2006). *Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.*

Svenske forarbeider: Prop. 2004/05:85. *Ny aktiebolagslag*

6.4 Høringsuttalelser

Høringsuttalelse fra Handelshøyskolen BI av 14. oktober 2004.

Høringsuttalelse fra Wikborg Rein & Co advokatfirma av 15. oktober 2004.

6.5 Domsregister

Rt. 2003 side 1501.

Rt. 2001 side 1265.

Rt. 1998 side 1042.

Rt. 1997 side 1010.

Rt. 1995 side 1026. *Sandakergården*.

LA-2006-38534 (Agder lagmannsrett).

LG-2005-157344 (Gulating lagmannsrett).

LB 2003-309811 (Borgarting lagmannsrett).

LE-1992-1653 (Eidsivating lagmannsrett).

